This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Lambert

L'Origine des XII Tables

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 046 917 613

S
ROMAN
905
LAM

PROPERTY OF

HARVARD LAW LIBRARY

Received JUN 27, 1921

110

LE PROBLÈME

DE

L'ORIGINE DES XII TABLES

QUELQUES CONTRIBUTIONS EMPRUNTÉES A L'HISTOIRE COMPARATIVE

ET A

LA PSYCHOLOGIE DES PEUPLES

PAR

Edouard LAMBERT

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE LYON

PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

ALBERT FONTEMOING, EDITEUR

Libraire des Écoles Françaises d'Athènes et de Rome

du Collège de France et de l'École Normale Supérieure

4, RUE LE GOFF, 4

1902

JUN 27 19[illegible]

LE

PROBLÈME DE L'ORIGINE DES XII TABLES

QUELQUES CONTRIBUTIONS EMPRUNTÉES A L'HISTOIRE COMPARATIVE

ET A

LA PSYCHOLOGIE DES PEUPLES

SOMMAIRE. — Les deux propositions de l'historiographie officielle : 1° homogénéité; 2° nature législative des XII Tables. — I. Critique de la première proposition. — Les XII Tables renferment des dispositions qui n'ont pas pu être simultanément en vigueur. — Démonstration par l'histoire comparative. — II. Démonstration par l'étude interne des sources de l'histoire romaine. — Les dispositions qui présentent la physionomie la plus moderne ont été empruntées au droit athénien. — Impuissance de la légende de l'ambassade à expliquer ces emprunts. — Ils sont postérieurs à la réception de la culture grecque. — III. L'influence grecque est surtout visible dans les méthodes d'exposition du pseudo-code décemviral. — La division en tables et lois numérotées est empruntée aux lois de Solon. — Genèse probable de la légende du décemvirat législatif. — IV. Dates d'introduction des principales dispositions de la dixième table. — Elles s'échelonnent entre l'an 260 avant J.-C. et le début du deuxième siècle. — V. Critique de la seconde proposition. — Elle a pour point de départ une série d'anachronismes et de conclusions du présent au passé. — Elle affirme l'existence de phénomènes psychologiquement impossibles. — VI. Nécessité d'une transformation radicale dans les méthodes d'étude de l'histoire du droit romain pour les périodes antérieures à la réception de la culture grecque.

J'ai constaté, dans un précédent travail (1), que l'aspect extérieur du prétendu code décemviral et divers autres indices fournis par les premières productions de la littérature latine, rendent fort suspecte l'histoire traditionnelle du décemvirat législatif, et sont de nature à faire croire que le document

(1) *Nouvelle revue historique de droit*; n° de mars-avril 1902.

connu par les classiques sous le nom de loi des XII Tables et daté par eux des années 303-451 et 304-450 n'est, en réalité, qu'une compilation de vieilles maximes de jurisprudence sacerdotale, rédigée seulement vers le début du second siècle avant notre ère, due à l'initiative d'un particulier, probablement de Sextus Aelius Paetus, mais très vite transformée par la foi populaire, comme tant d'autres coutumiers, en un code attribué à des législateurs légendaires. Je veux aujourd'hui envisager le problème de l'origine des XII Tables sous un tout autre angle, par le point de vue de l'histoire comparative et de la psychologie collective.

L'étude interne des plus anciennes sources de l'histoire romaine nous a procuré un faisceau de présomptions. L'étude de l'histoire comparative va nous donner de véritables preuves et transformer nos doutes en certitude. La psychologie collective nous permet de découvrir les phénomènes de mentalité sociale qui ont provoqué la formation des conceptions erronées que les classiques latins se sont fait de la préhistoire de leur droit national. L'histoire comparative démontre péremptoirement l'inexactitude de ces deux affirmations de l'historiographie officielle romaine :

1° *Toutes les dispositions signalées comme extraites des XII Tables ont figuré dans un même code, et par conséquent ont été simultanément en vigueur.*

2° *Dès le milieu du cinquième siècle avant notre ère, le peuple romain a procédé, par l'intermédiaire de magistrats profanes élus spécialement dans ce but, à une codification d'ensemble de son droit civil.*

I. — L'examen, même rapide et superficiel, des reconstitutions modernes des XII Tables, aurait dû suffire à nous donner conscience de l'étrangeté de la première de ces deux propositions. Les XII Tables expriment simultanément des conceptions juridiques qui paraissent psychologiquement inconciliables, et qui, d'ordinaire, appartiennent à des stades très distincts de l'évolution éthique des groupes sociaux. Je ne m'attarderai pas, bien entendu, à reprendre successivement chacune des maximes du pseudo code décemviral, pour essayer d'en reconnaître, à la lumière du droit comparé, le degré probable d'ancienneté relative. Cette étude serait certainement féconde en résultats,

mais je ne puis songer à l'entreprendre ici. Je me contenterai donc de choisir un exemple.

N'est-il pas invraisemblable que les dispositions brutales sur le talion, et surtout sur le droit donné aux créanciers de se partager les membres de leur débiteur insolvable proportionnellement à l'importance de leurs créances, aient pu conserver leur empire jusqu'au temps où sont apparues les premières règles tendant, soit à concilier les intérêts de l'Etat et la liberté d'association, soit à restreindre le luxe des funérailles ?

La présence dans les XII Tables d'une disposition sur le talion — *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto* — nous est attestée par les témoignages de Festus (1) et d'Aulu-Gelle (2), de Gaius (3) et de Paul (4). Cette règle du très ancien droit romain est aussi mentionnée, mais en termes très différents, dès avant le temps où nous rencontrons, dans la littérature latine, les premières allusions au prétendu code décemviral, par Caton l'ancien, dans un fragment du livre IV de ses *Origines* que nous a conservé le grammairien Priscianus : *si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur* (5). Sous cette dernière forme, le vieux brocard latin

(1) Ed. Thewrewk de Ponor, p. 550. « Talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc modo : si membrum rapit, ni cum eo pacit, talio esto. Neque id quod significet, indicat, puto quia notum est : *permittit enim parem vindictam.* » Cf. éd. Mueller, p. 363.

(2) XX, 1, 14 (éd. Hertz). « Nonnulla autem in istis legibus nec consistere quidem, sicuti dixi, visa sunt, veluti illa lex talionis, cujus verba, nisi memoria me fallit, haec sunt : si membrum rupit, ni cum eo pacto, talio esto. *Praeter enim ulciscendi acerbitatem, ne procedere quoque exsecutio justae talionis potest.* » Aulu-Gelle éprouve quelque peine à restituer la physionomie d'antiques procédures sur lesquelles, comme il le dit lui-même au début du chapitre, le temps a fait l'oubli. Un peu plus loin il essaye de justifier cette disposition, XX, 1, 37-38, en supposant que le coupable ne s'exposait au talion que quand il se refusait à traiter du rachat de la vengeance avec l'offensé. Il néglige volontairement de prévoir le cas où la victime se refusait à toute convention de paix.

(3) III, 223. « Poena autem injuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat : propter os vero fractum aut conlisum trecentium assium poena erat, si libero os fractum erat, at si servo CL; propter ceteras vero injurias XXV assium poena erat constituta. »

(4) *Sentences*, V, 4, 6. Paul ne fait d'ailleurs qu'une simple allusion à cette disposition.

(5) VI, 13, 69, dans Keil. *Grammatici latini*, II, p. 254, l. 12-13 (fragment 5 du livre IV des *Origines* dans Jordan, *Catonis praeter librum de re rustica quae extant*, p. 17). « Cato tamen « os » protulit in IIII originum : « si quis

replace la loi du talion dans son milieu naturel, dans une société où l'organisation étatique est fort peu développée, où

membrum rupit aut os fregit talione proximus cognatus ulciscitur. » Ici, comme dans Plaute, le mot *cognatus* n'est point encore pris dans l'acception technique que les classiques lui donnent, en l'opposant au mot *agnatus*. Le *proximus cognatus* joue le même rôle que le *goël* hébraïque, que le successeur au *wergeld* germanique. En bonne logique, c'est à Caton, bien plutôt qu'aux écrivains de l'époque impériale, qu'on devrait demander le sens originaire de l'adage incorporé dans les XII Tables. La brève indication donnée par le vieil auteur latin suffit à prouver que le système de la vengeance privée, dont nous ne trouvons plus, au début de l'époque historique, que des survivances, a eu à Rome le même caractère d'institution interfamiliale ou intergentilice que dans les civilisations où nous pouvons l'étudier à l'état vivant; que la poursuite de la répression des délits y a établi l'état de guerre, non pas entre individus isolés, mais entre familles. Les défenseurs de l'authenticité du code décemviral sentent qu'ils risqueraient de troubler la sérénité de leur foi, en scrutant de trop près le texte de Caton. En général, ils le laissent dans l'ombre ou ne l'enregistrent qu'en note et sans commentaires. Quelques-uns d'entre eux, cependant, se sont hasardés à en chercher l'explication. Mommsen a successivement proposé, dans ce but, deux hypothèses. En 1850, dans son étude *Ueber das römische Munzwesen* (*Abhand. der k. sächs. Gesells. der Wiss. Hist. Phil. Classe*, I, p. 258), il émettait l'idée que le passage des *Origines*, rapporté par Priscien, pourrait bien retracer une phase de l'évolution du droit pénal romain antérieure à la rédaction des XII Tables et décrire le système du talion tel qu'il fonctionnait avant que les décemvirs vinssent le tempérer par l'adjonction d'une disposition spéciale sur l'*os fractum*, substituant la composition tarifée et obligatoire à la vengeance brutale. Il est, en effet, difficile de contester que, comme le remarque ailleurs l'illustre romaniste (*Röm. Strafrecht*, p. 802, note 2), la règle *manu fustive si os fregit libero CCC* [*si*] *servo CL poenam subito* ne dérive du talion et n'ait son origine dans un adoucissement et une retouche de ce système de justice pénale. Il est visible qu'elle date d'une époque où, déjà, se prépare la décadence du régime de la justice privée; qu'elle est née d'une interprétation judaïque, destinée à restreindre la portée d'application de la règle ancienne de jurisprudence qui consacrait le droit à l'exercice des représailles. Même en l'absence du texte des *Origines*, nous pourrions déduire des dispositions de la loi des XII Tables (VIII, 2 et 3) l'existence à Rome, dans les temps préhistoriques, d'un état de droit analogue à celui que décrit Caton. Mais l'auteur des *Origines* parle au présent. Ce langage s'explique si, comme je le crois, nous sommes en présence d'un brocard juridique qui, sans doute, a cessé de correspondre à une réalité, mais qui continue toujours à circuler, et si la version plus moderne qui a pris place dans les XII Tables n'a conquis le caractère officiel que vers le temps où Caton écrivait ou même, peut-être, un peu plus tard. L'emploi du présent est, au contraire, incompréhensible si le vieil annaliste latin rappelle une règle de jurisprudence formellement abrogée depuis trois siècles. Aussi Mommsen paraît-il avoir renoncé depuis à cette première explication et en adopte-t-il une autre dans son *Römisches Strafrecht* (p. 115, 802). Caton aurait emprunté la maxime citée par Priscien, non pas au droit romain lui-même, mais à une législation étroitement apparentée au droit romain, à quelque *Stadtrecht* latin demeuré en vigueur jusqu'à l'époque des guerres puniques.

l'individu ne peut faire appel, pour l'aider ou le suppléer dans la poursuite de la répression des délits dont il a été victime,

Aucun indice, aucun argument n'est d'ailleurs invoqué à l'appui de cette affirmation.

Une conjecture qui, au premier abord, paraît un peu plus séduisante, a été formulée par Jordan (avant lui par Wagener) dans son édition des fragments de Caton (Introduction, p. LI), et acceptée par Voigt (*XII Tafeln*, II, § 132, p. 535, note 11). Dans le passage en question, Caton se référerait, non pas aux institutions romaines ou latines, mais aux institutions carthaginoises. Nous savons, en effet, grâce au témoignage de Cornélius Nepos (*Cato*, 3, 3), que le livre IV des *Origines*, d'où ce fragment est extrait, contenait l'exposé de la première guerre punique et que, dans l'œuvre de Caton, les renseignements d'ordre géographique, et même ethnologique, étaient assez abondants : « In quarto autem bellum Poenicum est primum... In eisdem exposuit quae in *Italia Hispaniisque* aut fierent, aut viderentur admiranda : in quibus multa industria et diligentia comparet, *nulla doctrina*. » D'importantes parcelles du livre IV des *Origines* nous sont parvenues, — plus ou moins retouchées, — par l'intermédiaire d'Aulu-Gelle, de Festus, de Nonius, de Servius, et sont rassemblées dans Jordan (p. 16 et suiv.) ou dans Peter (*Veterum hist. rom. relliquiae*, p. 73 et suiv.). Quelques-unes d'entre elles décrivent — ou prétendent décrire — des institutions carthaginoises. Tels sont, dans la classification de Jordan, les fragments 2 (Festus, v° *Mapalia;* Thewrewk de Ponor, p. 130; — Servius, *Eneide*, I, p. 421); 3 (Aulu-Gelle, V, 21, 17); 6 (Servius, *Eneide*, IV, 68); 12 (Aulu-Gelle, II, 19, 9, et X, 24, 7). Le dernier de ces textes montre assez ce que valent les données ethnologiques contenues dans les *Origines*. L'auteur transportait volontiers chez les nations ennemies les particularités de la constitution romaine. Parmi les fragments du livre IV, il en est d'autres qui, incontestablement, visent des traits de mœurs romaines, — comme les fragments 1 (Aulu-Gelle, II, 28, 6), 4 (Aulu-Gelle, X, 1, 6), etc. — Il est assez vraisemblable que le livre IV des *Origines*, — qui pourrait bien former le commencement d'un ouvrage distinct, artificiellement soudé après coup aux trois premiers livres, — débutait par un parallèle entre les institutions de Carthage et celles de Rome. La règle signalée dans le fragment 5 peut, dès lors, se rattacher au droit phénicien aussi bien qu'au droit romain. Or, dit-on, elle est en contradiction flagrante avec la législation en vigueur à Rome, au début des guerres puniques. Elle autorise le talion en cas de fracture d'un membre, tandis que le code décemviral n'accorde à la victime que la faculté de réclamer le payement d'une composition de trois cents as. C'est donc aux usages des Carthaginois que Caton fait allusion. La plupart des romanistes, tout en admettant le point de départ de ce raisonnement, en rejettent la conclusion et déclarent, avec Puchta (*Inst.*, 1851, II, p. 51 et suiv.), que Caton a paraphrasé en termes inexacts le texte des XII Tables, ou se refusent, comme Peter (*loc. cit.*, p. 74, note 81), à prendre parti sur une question trop obscure. Le résultat des déductions de Jordan est, en effet, fort peu satisfaisant. Tout ce que nous savons de la civilisation des Carthaginois du troisième siècle avant notre ère proteste contre la supposition qu'ils aient pu encore pratiquer le régime de la vengeance privée sous la forme archaïque décrite par Caton. L'existence du talion réel à titre d'institution, non seulement vivante, mais en pleine floraison, à l'époque de la première guerre punique, est tout aussi invraisemblable chez les Carthaginois que chez les Romains. Et surtout l'hypothèse de Jordan rend

qu'à sa famille ou à son clan, non pas à l'Etat. Sextus Aelius Paetus n'a accueilli dans sa compilation qu'une version déjà un peu plus moderne du même adage. Le lien qui rattache le fonctionnement du talion au régime des guerres privées de famille à famille n'y est plus marqué. Et surtout, s'il faut en croire Gaius, elle n'attribue plus un aussi large champ d'application à la loi du talion que la formule rapportée par Caton. Elle soumet à un traitement différent les deux sortes de délits assimilés par les *Origines*, la rupture d'un membre et la rupture d'un os secondaire. Même ainsi adoucie, la disposition n'en détone pas moins, comme le remarquait très justement Aulu-Gelle, avec l'ensemble des XII Tables. Elle n'indique pas un tarif légal de composition, comme les textes du même recueil relatifs à l'injure simple ou à la rupture de l'os secondaire, qui sont certainement d'origine plus récente, — la comparaison du passage de Caton le montre assez. — Le seul droit qu'elle ouvre directement à la victime — ou, dans la version la plus ancienne, à sa famille, — c'est le droit au talion, et non pas le droit à une indemnité pécuniaire (1). Et il ne s'agit pas là du talion symbolique, mode d'exécution de la peine qui peut se concilier avec une notion déjà élevée du rôle pacificateur de l'Etat (2); il s'agit du talion réel appliqué par la victime, ou plutôt par son vengeur légitime, par le *proximus cognatus* (3). Eclairée par le fragment des *Origines*,

inexplicable la reproduction, dans le fragment des *Origines*, des expressions techniques qui figurent dans les deux dispositions des XII Tables (VIII, 2 et 3) — *si membrum rupsit — os fregit*. Une similitude de terminologie juridique aussi continue et aussi précise atteste suffisamment que le passage de Caton et les XII Tables reproduisent deux formules ou deux interprétations successives de la même règle archaïque du très ancien droit romain.

(1) En ce sens Girard, *Manuel*, (2), p. 387, note 5. Cf. aussi Dareste, *Nouvelles études d'histoire du droit*, p. 146-147.

(2) Sur le talion symbolique, peine édictée et appliquée par l'Etat, mais modelant l'expiation sur le délit lui-même : Post *Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*, II, p. 241. Cf. aussi le chapitre fameux de la loi des Wisigoths (Recceswind), VI, 4, 3. Les applications du talion que Ducange, Rageau-Laurière, Denizart (au mot *talion* dans leurs glossaires) signalent jusque dans nos coutumes du moyen âge, se réfèrent en général au talion symbolique. Les exemples qu'en fournit l'ethnologie sont extrêmement nombreux.

(3) Cf. Cuq, *Institutions juridiques*, I, p. 340. Beaudoin dans *Nouvelle Revue historique de droit*, XI, 1887, p. 641, note 3. Les textes de Festus, d'Aulu-Gelle et surtout de Caton ne peuvent vraiment laisser place à aucun doute sur ce point.

cette disposition rappelle le souvenir d'une des phases les plus archaïques de l'histoire de la vengeance privée, où le régime des représailles n'est tempéré que par l'intervention possible de conventions de paix librement débattues entre les intéressés, où l'Etat n'intervient point encore pour apaiser les différends qui s'élèvent entre familles et pour provoquer la substitution de transactions amiables aux règlements par la force, où ses efforts se bornent à faciliter et régulariser l'exercice de la justice privée, tout en empêchant que la vengeance ne soit disproportionnée à l'offense.

Le même système est décrit avec plus de précision dans le plus ancien des coutumiers hébraïques, dans le *Livre de l'Alliance* (1). On en suit la trace un peu partout, mais toujours dans des états de civilisation fort rudimentaires (2). Les monuments du droit germanique, rédigés à la suite des invasions, se rattachent déjà à une étape plus avancée de l'évolution du droit pénal. Il est rare que, à défaut d'expiation volontaire par l'auteur du délit, la victime y soit réduite à l'unique ressource du talion (3). D'ordinaire, quand les *leges barbarorum* ne substituent pas ouvertement le droit à une indemnité tarifée au droit brutal de vengeance, elles n'ouvrent qu'à l'offensé ou

(1) *Exode*, chap. XXI, XXII, XXX, 1-14. Ce texte est, le plus habituellement, reporté par la critique biblique jusque vers le neuvième siècle avant notre ère. La date ne saurait d'ailleurs en être fixée avec quelque précision (Kautzsch, *Die heilige Schrift des alten Testaments : Beilagen*, p. 139; — Wellhausen, *Israelitische und jüdische Geschichte* (3), p. 80 et suiv.; — Reuss, *La Bible, Ancien Testament*, 3e partie, tome I. *Introduction*, p. 197; — Renan, *Histoire du peuple d'Israël*, II, p. 362-378; III, p. 206). En tous cas, le coutumier décrit des institutions encore très rudimentaires.

(2) Steinmetz, *Ethnologische Studien sur ersten Entwicklung der Strafe*. Leyde et Leipzig, 1894, I, p. 406 et suiv.; — Günther, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts*, 1889, p. 1 et suiv.; — Post, *Ethnologische Jurisprudenz*, II, p. 238 et suiv.; — *Bausteine*, I, p. 159; — *Afrikanische Jurisprudenz*, II, p. 27 et suiv.; — Kohler, *Zur Lehre von Blutrache*, 1885, p. 9, et *Rechtsvergleichende Studien*, p. 244; — Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 24, 252; — D'Arbois de Jubainville, *Cours de littérature celtique*, VII, p. 177 et suiv.; — Kowalewsky, *Droit coutumier ossétien*, p. 238 et suiv.

(3) On constate, il est vrai, l'absence de tarifs de composition pour certains délits fréquents dans le droit des Frisons, ce qui suppose l'impossibilité pour la victime de réclamer judiciairement la composition (Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, p. 162-164; — Von Richthofen, *Zur Lex Saxonum*, p. 246 et suiv.). Mais c'est là une situation tout à fait exceptionnelle.

à sa famille, et non point à l'offenseur, le choix entre ces deux modes de satisfaction : composition et représailles; elles permettent de poursuivre en justice le coupable pour lui réclamer le payement du prix de l'injure fixé par la coutume. En refusant de suivre l'instance, le délinquant ne se soumet pas seulement à la vengeance de la famille lésée, mais aussi à la vindicte publique. Il se met hors la loi et se place dans une situation semblable à celle de l'*homo sacer* romain (1). Quoique les vieux droits de race germanique marquent, par comparaison avec le fond principal des XII Tables, un étiage de civilisation un peu inférieur (2), ils supposent cependant l'existence de formes d'organisation sociale très supérieures à celle qu'évoque la disposition du prétendu code décemviral sur le talion.

Le caractère d'extrême archaïsme n'est pas moins apparent dans la règle : *Tertiis nundinis, partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto*, qui est signalée comme figurant dans les XII Tables par Aulu-Gelle (3) et Quintilien (4), et que mentionnent aussi Tertullien (5) et Dio Cassius (6). Les créanciers de l'insolvable incarcéré pendant soixante jours dans la maison de l'un d'entre eux à la suite d'une *manus injectio* et exposé dans trois marchés successifs sans qu'aucun de ses proches se présentât pour payer sa dette, étaient autorisés à mettre le débiteur à mort, à dépecer son corps, à se partager ses membres. Dans le célèbre chapitre des *Nuits attiques* où il nous fait

(1) Cette solution a bien été contestée autrefois, mais la discussion paraît close : Brunner, *D. Rechtsges*, I, p. 163; II, p. 527 et suiv.; — *Sippe und Wergeld* dans *Zeit. der Sav.-Stift.*, G. A., III, 1882, p. 37 et suiv.; — Dahn, *Bausteine*, II, p. 90 et suiv.; — Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, p. 524 et suiv., et la bibliographie citée par Schröder, *Lehrbuch* (3), p. 71 et suiv., p. 335 et suiv.; — Horten, *Die Personalexecution in Geschichte und Dogma*, 1893, I, p. 43, 69, et Brunner, *Grundzüge der deuts. R. g.*, 1901, p. 71.

(2) Cf. Charles Appleton dans cette *Revue*, 1902, p. 57. Beaudoin, dans *Nouvelle revue historique de droit*, 1887, p. 643, note 1.

(3) XX, 1, 48-52. « Nam si plures forent, quibus reus esset judicatus secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. Et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes invidiam me istam forte formidare. Tertiis, inquit, nundinis partis secanto; si plus minusve secuerunt, se fraude esto. »

(4) III, 6, 84. « In XII tab. debitoris corpus inter creditores dividi licuit. »

(5) Apol., 4. « Judicatos in partes secari a creditoribus leges erant. »

(6) Fragment 12.

assister à une discussion sur les mérites des XII Tables entre le jurisconsulte Sextus Caecilius et le philosophe Favorinus, Aulu-Gelle déclare rapporter le texte de la législation décemvirale dans sa teneur littérale et le commente longuement. Il s'efforce, sans y réussir, d'en saisir le sens et la raison d'être. Il lui paraît invraisemblable que des mesures d'exécution aussi barbares aient été réellement destinées à l'application. Quelques romanistes éprouvant, en présence de cette disposition, le même étonnement qu'Aulu-Gelle, ont supposé que les écrivains latins qui nous la rapportent l'ont mal comprise et dénaturée (1). Mais cette opinion est aujourd'hui universellement abandonnée.

L'histoire comparative révèle que les pratiques auxquelles le texte cité par Aulu-Gelle fait allusion, ont précédé, dans l'histoire d'autres peuples, l'apparition de l'esclavage pour dettes ou des formes plus adoucies d'exécution sur la personne (2). Une pareille procédure n'a pu fonctionner que dans un milieu de culture fort peu avancé (3). Il faut remarquer d'ailleurs que la règle des XII Tables a beaucoup plus de précision et d'énergie que les dispositions correspondantes du vieux droit scandinave. Le passage du *Frostuthingsbök* (4) que Kohler (5) rapproche de la maxime décemvirale, ne permet plus au créancier que de couper les membres du débiteur insolvable jusqu'à concurrence du montant de la dette, c'est-à-dire, semble-t-il, en estimant chaque membre d'après la valeur fixée par les tarifs de composition, et encore cette faculté ne peut-elle être exercée qu'à l'encontre de l'individu qui n'a pas de ménage et d'établissement à part, qui n'offre pas comme garantie, accessoirement à sa personne, un patrimoine (6). La disposition du *Gülathingsbök*, ch. LXXXI, est

(1) Cf. les auteurs cités par Cuq, *Institutions juridiques*, I, p. 425, note 2.

(2) Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, p. 8 et suiv.; — Jhering, *Geist des römischen Rechts* (5), I, 1, p. 153-155, trad. Meulenaere, II, p. 147-149; *Scherz und Ernst*, p. 223-243; — Horten, *l. c.*, II, p. 16.

(3) Post, *Grundriss*, II, p. 560.

(4) X, 26, dans *Norges Gamle Love*, II, 512.

(5) *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, p. 31 et suiv.

(6) K. Maurer, *Die Schuldknechtschaft nach altnordischen Rechte* dans *Sitzungsberichte der k. bay. Ak. der Wissens* , 1874, I, Philos., phil., classe, p. 19; — Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, II, p. 173 et suiv.; *Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren*, p. 262.

visiblement plus archaïque que la précédente. On y retrouve l'équivalent du *Si plus minusve secuerunt, se fraude esto*. Et pourtant ce texte marque un notable progrès par rapport à la solution qu'auraient consacrée les décemvirs. Le droit de vie et de mort et le droit de mutilation arbitraire n'y apparaissent plus que comme un complément et une sanction de l'esclavage pour dettes. Seul est exposé à leur application le débiteur tombé en la puissance du créancier et qui se refuse à s'acquitter par son travail (1). L'article du *Bjarkeyjar rettr*, II, 50, également invoqué par Kohler, limite ses effets dans le domaine du droit pénal. A l'époque de la rédaction des plus anciennes lois norvégiennes, la procédure en question est déjà en voie de décadence; elle a perdu sa nature et sa portée primitives. Si on arrive à en reconstituer les origines, c'est par l'étude d'autres documents, et spécialement des *sagas* scandinaves, qui nous montrent qu'elle s'est rattachée d'abord, non pas, comme dans le *Gulathingsbök*, à la théorie du servage de la dette, mais à la théorie du cautionnement, — dation par le débiteur de sa propre personne, de son sang et de sa chair, comme otage éventuel (2). Quant aux coutumes germaniques, dès le moment où nous commençons à les bien connaître, elles présentent, ici comme sur tant d'autres points, une physionomie déjà un peu plus moderne que les anciennes lois scandinaves. Celles-là même des *leges barbarorum* qui ont été le moins influencées par le contact de la civilisation chrétienne donnent à l'exécution sur la personne une réglementation qui paraît relativement humaine, quand on la compare au régime dont l'adage romain rappelle le souvenir. La disposition finale du titre *de chrenechruda* de la loi Salique (3) et les chapitres des capitulaires francs, — *pactus pro tenore pacis*, ch. 2 (4), édit de Chilpérick,

(1) Dareste, *Etudes d'histoire du droit*, p. 334; — Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, II, p. 172.

(2) Amira, *l. c.*, II, p. 176-178; — Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, éd. Heusler et Hübner, II, p. 166 et suiv.; — Esmein, *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, p. 246, et la bibliographie citée par Amira à la note 1 de la page 176, et par Adolfo Rava : *I diritti sulla propria persona nella scienza e nella filosofia del diritto* dans *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXII, 1901, p. 30, note 1.

(3) Titre LVIII du *pactus legis Salicae*.

(4) Boretius, I, p. 4, l. 35.

ch. 8 (1), — qui décident que le débiteur insolvable payera de sa vie, — *de vita componat*, — ne visent formellement que l'hypothèse de dettes de composition et se réfèrent, par conséquent, à l'exercice de la vengeance privée comme conséquence de l'impuissance du coupable à acquitter la rançon (2).

Ces curieux souvenirs d'institutions datant des périodes de barbarie, ces productions de la pensée juridique contemporaines des premiers efforts faits par la cité pour se substituer comme association de paix à la famille et à la *gens*, voisinent, dans les XII Tables, avec des conceptions qui ne peuvent germer que dans des sociétés jouissant d'une civilisation déjà avancée, fortement centralisées, parvenues à maîtriser et paralyser les groupements politiques naturels en clans et clientèles, dotées de tous les organes nécessaires à l'exercice des prérogatives de la puissance publique : réglementation du régime des associations (3) ; établissement d'une série de mesures destinées à réprimer le luxe excessif des funérailles (4) et affirmant la mainmise de la législation laïque sur l'un des domaines les plus naturellement réservés à l'action du droit canonique, du *fas*. Je ne parle même pas de la disposition, d'esprit peut-être plus moderne encore, par laquelle les décemvirs auraient affirmé la toute-puissance de la loi profane, son aptitude à créer

(1) Boretius, I, p. 9, l. 24.

(2) Cf. Brunner, *Deut. Rechtsgeschichte*, II, p. 471; *Sippe und Wergeld*, p. 45; *Forschungen*, p. 477-481; *Grundzüge*, p. 184 et suiv.; — Sohm, *Procédure de la loi Salique*, trad. Thévenin, p. 138; — Horten, *Personalexecution*, I, p. 43-69; — Lœning, *Vertragsbruch*, § 4 et 18; — Schröder, *Lehrbuch* (3), p. 369; — Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 154; — Schreuer, *Die Behandlung des Verbrechensconcurrenz in den Volksrechten (Untersuchungen de Gierke)*, p. 256; — Puntschart, *Schuldvertrag und Treugelöbnis*, § 11 et 12; — Stobbe, *Handbuch* (3), III, p. 106 et suiv., § 210; — Heusler, dans *Zeits. für schweizer. Recht*, IX, 1861, p. 68 et suiv.; et, pour l'indication des survivances de la très ancienne pratique de l'engagement par le débiteur de sa propre chair qu'on peut suivre jusque dans le moyen âge : Rava dans *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, XXXII, p. 21-22; — Huvelin, *Bulletin de la Société des amis de l'Université de Lyon*, 1902, p. 188, et les auteurs cités par eux.

(3) *Digeste*, XLVII, 22. *De collegiis*, fr. 4. « His (sodalibus) potestatem facit lex (XII tab.), pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant : *sed haec lex videtur ex lege Solonis translata esse.* »

(4) Cicéron, *De legibus*, II, chap. 23-24. C'est à l'aide de ces deux chapitres que la dixième table a été restituée dans les reconstitutions modernes du pseudo-code décemviral.

et changer le droit. La présence dans les XII Tables n'en est pas assez certaine. Elle n'est mentionnée que par Tite-Live, — qui n'en cite pas le texte, — et seulement d'une façon incidente dans des passages de son œuvre où l'on aurait tort de chercher des indications historiques sérieuses, dans quelques-uns des discours qu'il prête à ses personnages (1).

J'emprunte le rapprochement que je viens de faire à la très suggestive étude de M. Ch. Appleton sur l'application du droit comparé à la reconstitution du droit romain ancien (2). L'éminent professeur reconnaît que la législation décemvirale renferme quelques théories extrêmement archaïques, à côté d'institutions « qui témoignent d'une organisation sociale déjà assez avancée. » Il s'efforce de résoudre cette énigme. A son avis, les prescriptions dont le caractère de brutalité et de sauvagerie frappe notre attention, ne constituaient plus, dans le vieux code quiritaire, que de simples survivances. L'esprit conservateur du peuple romain l'aurait poussé à inscrire encore au cinquième siècle, dans ses lois, des règles surannées dont la pratique avait, sans doute, réussi depuis longtemps déjà à écarter l'application et qui, en fait, étaient devenues lettre morte (3). Si l'existence des prétendus législateurs de 451-450 m'était attestée par des témoignages historiques, et non pas par une simple tradition dont je cherche vainement la trace avant le milieu du second siècle, je serais bien obligé de me contenter de l'explication ingénieuse proposée par M. Ch. Appleton. Il est impossible d'en trouver une meilleure tant qu'on respecte les affirmations de l'historiographie officielle. Elle ne me satisfait pourtant pas. Je comprends aisément que les règles en question, après avoir été officiellement consacrées par la législation du cinquième siècle, aient pu ensuite tomber très vite en désuétude. Mais je ne comprendrais pas, en revanche, que les décemvirs aient pris soin de réglementer de pareilles procédures, si elles avaient déjà perdu, de leur temps, toute

(1) Tite-Live, VII, 17; IX, 34. Mommsen lui-même, dans le premier volume de son histoire romaine, en tête du dernier chapitre, constate que ces dernières dispositions contrastent, par leur allure plus moderne, avec le contenu habituel des XII Tables.

(2) *Revue générale du droit*, XXVI, 1902, p. 59-60.

(3) Cf. Cuq, *Institutions juridiques*, I, p. 425, note 2.

réalité. Ces magistrats qui, d'après l'histoire quasi-canonique de Rome, ont été institués, à la demande de la plèbe, pour améliorer sa situation, et non pas pour l'aggraver, n'auraient certainement pas formulé, dans leur code, le droit de meurtre et de mutilation du débiteur, si ce droit avait depuis longtemps cessé, en fait, de pouvoir être exercé (1).

J'ajoute que toutes les règles de fond n'ont point égale aptitude à se transformer en de pures survivances. Celles qui constituent le trait essentiel, la substance même d'une institution, ne se prêtent point à jouer ce rôle. Et les nôtres rentrent dans cette catégorie. Il est possible qu'elles aient perdu leur fonction primitive pour en recevoir de nouvelles. Je croirais volontiers que la procédure du partage des membres du débiteur a subi des métamorphoses de ce genre (2). Mais je nie que de pareilles institutions aient pu survivre à toute raison d'être et se maintenir uniquement par la force des habitudes

(1) « On doit reconnaître, » dit très justement M. Cuq dans la note précédemment citée, « que les décemvirs n'auraient pu insérer dans les XII Tables une pareille règle (partage des membres du débiteur), si elle n'avait été consacrée par la coutume et acceptée par l'opinion publique. Mais comment n'aurait-elle pas reçu d'application ? Comment n'y aurait-il pas trace des circonstances qui en amenèrent l'abandon? » Le problème est insoluble pour quiconque croit à l'unité et à la nature législative des XII Tables.

(2) Si cette procédure s'est rattachée primitivement à Rome, de même que dans le droit scandinave, aux formes anciennes du cautionnement, à la dation par le débiteur de sa propre personne comme otage, il est possible qu'elle ait perdu, plus tard, ce caractère, qu'elle ait fini par fonctionner indépendamment d'un engagement exprès par le débiteur de sa propre chair comme garantie de l'exécution de sa promesse. Des transformations beaucoup plus profondes encore se sont produites dans l'économie générale de l'institution si, comme on l'a ingénieusement conjecturé, — ce n'est là toutefois qu'une hypothèse, — le partage des membres de l'insolvable doit ses origines à l'usage du cannibalisme (cf. en ce sens Schuster, *Das Spiel*, Vienne, 1878, p. 12-13; Rava, *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, XXXII, p. 24, et la très intéressante conférence de P. Huvelin : *Le procès de Shylock*, dans le *Bulletin de la Société des amis de l'Université de Lyon*, 1902, p. 190-198). Dans certaines civilisations archaïques il existe, en effet, un lien entre l'anthropophagie et diverses applications de la peine de mort (Kohler, *Recht der Atzequen* dans *Zeit. für vergl. Rechtswissenschaft*, XI, 1892, p. 90; — Post, *Anfänge des Staats und Rechtslebens*, p. 225. J'ajoute, toutefois, que quelques ethnologues donnent de ces pratiques une autre explication et leur attribuent un caractère religieux (Erwin Rohde, *Psyché*, p. 253, note 1, p. 701-702; — Steinmetz, *Ethnologische Studien*, I, p. 332, et *Endokannibalismus*, p. 1 et suiv.; — Koch, dans *Internationales Archiv für Ethnographie*, 1899, XII, p. 78 et suiv.).

acquises. Les dispositions des XII Tables relatives au talion et à l'exécution sur le corps du débiteur présentent une trop grande inflexibilité naturelle pour qu'il leur ait été possible de s'accommoder à des milieux sociaux relativement civilisés. De telles procédures sont condamnées à disparaître rapidement quand le peuple qui les a pratiquées arrive à un stade de son développement éthique où elles paraissent répugnantes à une conscience publique plus affinée. Or, partout ailleurs, ce stade est depuis longtemps franchi quand commence à percer la conception déjà élevée du rôle de l'Etat et des droits réciproques de la collectivité et de l'individu qui s'affirme dans les textes relatifs à la liberté d'association ou au luxe des funérailles. Si les XII Tables étaient vraiment une législation unitaire, elles nous révéleraient un phénomène étrange et mystérieux qui démentirait les données habituelles de l'éthique et de la psychologie collective : la coexistence à Rome, au milieu du cinquième siècle, de conceptions juridiques entre lesquelles les lois même du développement de la pensée et de la conscience humaines, — telles qu'elles ressortent de l'observation des milieux primitifs de culture les mieux connus, — ne paraissent pas permettre de supposer qu'il ait pu s'établir d'autres liens que des rapports de succession.

Ces contradictions et ces contrastes, inexplicables dans un code, sont très naturels dans un recueil de brocards juridiques. Ils confirment les indices, nombreux et concordants, puisés dans la littérature latine, qui attestent le caractère composite des XII Tables. Que l'adage *si membrum rupsit, talio esto* ou l'adage *tertiis nundinis partis secanto* aient pu survivre très longtemps aux réalités qu'ils exprimaient et continuer à circuler de bouche en bouche jusqu'au temps où Sextus Aelius Paetus les a enregistrés dans sa compilation, cela ne saurait nous surprendre, alors que nous constatons que le souvenir des règles correspondantes du droit scandinave s'est indéfiniment conservé, soit dans certaines locutions usuelles, soit surtout dans des contes populaires, comme celui qui a fourni à Shakespeare le thème de son *Marchand de Venise*.

II. — Je n'ai pas pris au hasard l'exemple que je viens de développer. Si je l'ai choisi de préférence à tout autre, c'est qu'il va me permettre de vérifier, par une étude interne des

sources du droit romain, l'exactitude des conclusions auxquelles conduit l'histoire comparative.

Malgré leur croyance aveugle à l'existence du décemvirat législatif, les classiques latins ne se dissimulaient point eux-mêmes que les deux institutions archaïques mentionnées dans les XII Tables, — le talion, le dépècement du débiteur, — se perdaient dans la nuit des temps légendaires. Aulu-Gelle déclare qu'il n'a jamais lu ni entendu dire que ces règles barbares aient reçu application. Il les considère comme absolument insusceptibles d'exécution ; il suppose qu'elles n'ont jamais dû avoir qu'un caractère comminatoire (1). La tradition nationale n'avait pas gardé le souvenir que, dans les siècles les plus anciens, ces procédures brutales eussent été mises en œuvre. Elles avaient dû tomber en désuétude bien avant le début des périodes demi-historiques que décrit l'historiographie pontificale.

Il n'en est pas de même des dispositions sur les associations et sur les funérailles. La seule consultation des monuments de la littérature latine et grecque suffirait, à la rigueur, à nous en démontrer l'origine récente.

Je constate, tout d'abord, que les écrivains par l'intermédiaire desquels nous connaissons ces dispositions, affirment, — avec preuves à l'appui, — qu'elles ont été empruntées aux lois athéniennes de Solon. Si Cicéron et Gaius relevaient seulement des ressemblances dans le fond du droit, une communauté générale d'objet et de but entre les prescriptions attribuées les unes à Solon, les autres aux décemvirs, nous pourrions penser qu'il s'agit de simples phénomènes de répétition dus à l'action naturelle des lois sociologiques qui impriment une uniformité relative à l'évolution de tous les systèmes juridiques. Mais Gaius, après avoir constaté que la maxime relative aux associations dérive du droit grec, prend soin de reproduire le document d'où ce passage du prétendu code décemviral lui semble avoir été tiré (2). Cicéron prétend trouver dans les XII Tables des dispositions qui seraient littéralement

(1) Il est particulièrement affirmatif en ce qui concerne l'adage *tertiis nundinis partis secanto*, XX, 1, 52; — *Dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi, neque audivi.*

(2) *Digeste*, 47, 22; *De collegiis*, 4.

transcrites de la législation athénienne. La majeure partie de la dixième Table aurait été traduite des lois de Solon (1).

Il divise le contenu de cette table en deux éléments : 1° une mesure de police et de salubrité publique, la défense de brûler et d'ensevelir dans la ville : *hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito* (2), à laquelle il ne trouve pas d'équivalent dans le code de Solon (3), et quelques règles rapidement énumérées à la fin du chapitre XXIV, — interdiction d'élever le bûcher à moins de soixante pieds de la maison du voisin, prohibition de l'usucapion du *forum* et du *bustum*, — qui paraissent aussi être des créations originales de la coutume romaine ; 2° une série de lois somptuaires dirigées contre le luxe des funérailles et qui, toutes, dit-il, sont transcrites presque mot pour mot des lois de Solon : *Jam caetera in XII minuendi sumptus lamentationesque funeris, translata de Solonis fere legibus* (4). Les détails les plus minutieux de la réglementation formulée par les XII Tables, notamment la défense de polir le bois du bûcher, l'interdiction des lamentations, la mention des *tria ricinia*, des bandelettes de pourpre, des dix joueurs de flûte, figurent aussi, au témoignage de l'auteur du *De legibus*, dans les monuments du vieux droit athénien. Cicéron clôt ses développements en renouvelant la constatation qu'il avait faite dès le début (5). Il insiste spécialement, et à deux reprises (6), sur la maxime : *Mulieres genas ne radunto, neve lessum funeris ergo habento*. Il déclare que, si les plus anciens interprètes, et notamment Sextus Aelius Paetus lui-même, ont mal compris le sens qu'y revêt le mot *lessum*, cela tient à ce qu'ils ont négligé de confronter cette phrase avec le texte grec sur lequel elle a été copiée. La signification du vocable *lessum* demeurait obscure

(1) *De legibus*, II, chap. 23-24.

(2) II, 23, 58.

(3) Il l'indique, assez clairement, quoique par a *contrario*, au début du § 59. Une prohibition analogue a d'ailleurs été édictée, mais sans doute plus tard, à Athènes (Cf. Lécrivain, article *Funus* dans Daremberg et Saglio, II, 2, p. 1377).

(4) II, 23, 59.

(5) Chap. XXV *in fine*. « Quam legem (Solonis) eisdem prope verbis nostri decemviri in decimam tabulam conjecerunt ; nam de tribus aciniis et pleraque illa Solonis sunt ; de lamentis vero expressa verbis sunt : Mulieres genas ne radunto neve lessum funeris ergo habento. »

(6) II, 23, 59, et chap. XXV *in fine*.

pour Sextus Aelius, à raison de sa provenance étrangère, parce que ce terme visait un trait particulier des mœurs grecques, une forme spéciale de lamentations qui n'avait pas d'équivalent exact à Rome. Cette obscurité n'était pas due, comme je l'ai supposé dans ma précédente étude sur la question des XII Tables, m'inclinant à tort devant l'opinion commune, au caractère archaïque de la langue. Un examen plus attentif du chapitre 23, livre II du *De legibus* me force à confesser cette erreur contre laquelle la physionomie générale de l'adage aurait dû suffire à me mettre en garde.

Les affirmations de Cicéron ne pèchent certes pas par défaut de précision. Si cet auteur relate fidèlement ce qu'il a lu dans les productions de la littérature hellénique qu'il avait sous les yeux, il est incontestable que l'influence du droit athénien s'est exercée d'une façon très apparente sur celle des XII Tables, dont la contexture générale nous est le mieux connue. Nous n'avons d'ailleurs aucun motif de suspecter la bonne foi et la véracité de Cicéron. Son témoignage est confirmé, soit dans les grandes lignes, soit dans quelques-uns des détails, — suppression des lamentations, limitation des *ricinia* au nombre de trois, défense de répéter ou scinder les cérémonies des funérailles, — par le biographe de Solon, par Plutarque (1). Un précieux appui lui est fourni par la loi de Julis, texte du cinquième siècle environ, mais qui ne fait que reproduire, en vue de l'affichage public, des lois ou des coutumes antérieurement en vigueur (2). Ce document, originaire d'une ville de l'île de Céos, très proche voisine de l'Attique, est généralement considéré comme inspiré par une imitation du droit athénien, et les hellénistes n'hésitent guère à s'en servir pour remédier à l'imprécision de nos connaissances sur la législation de Solon (3). On a relevé, dans la loi de Julis, de très frappantes concordances avec la dixième des tables décemvi-

(1) *Solon*, chap. XV et XXIX. — Cf. Erwin Rohde, *Psyché*, p. 203 et suiv.

(2) Publié par Koehler dans les *Mittheilungen d. deutschen archaeologischen Instituts in Athen*, I, 1876, p. 138 et suiv.; reproduit, avec une traduction française, dans Dareste, Haussoullier, Reinach, *Inscriptions juridiques grecques*, I, n° 2, p. 10 et suiv.

(3) Dareste, Haussoullier, Reinach, I, p. 12; — Collignon, dans *Annales de la Faculté des lettres de Bordeaux*, I, 1879, p. 315; — Pottier, *Lécythes blancs attiques*, p. 13.

rales (1). L'exactitude des affirmations de Cicéron est démontrée de plus en plus clairement par les fouilles poursuivies aujourd'hui avec tant d'activité dans les anciennes nécropoles grecques, et notamment à Athènes (2). Dans la réglementation des funérailles, attribuée aux décemvirs, il n'est pas un seul détail qui ne puisse s'expliquer par référence aux rites funéraires de la Grèce, tels que nous les révèlent les monuments archéologiques, et surtout les productions antiques de la céramique grecque (3). Les usages funéraires des populations helléniques éclairent les prohibitions relatives aux lamentations (4), au banquet (5), aux libations ou aux aspersions coûteuses, — *sumptuosa respersio ; servilis unctura* ou *seriolis unctura* (6), — aux *ricinia* (7) et aux bandelettes de pourpre trop nombreuses (8), les allusions aux couronnes (9), aux vases à parfum (10), *acerrae* (11), aux joueurs de

(1) Dareste, Haussoullier, Reinach, *l. c.* Les auteurs rapprochent notamment le paragraphe qui dispose que le défunt sera enseveli dans trois linceuls blancs ne valant pas plus, à eux tous (A, § 1), de cent drachmes, de la maxime décemvirale relative aux *tria ricinia*. Comparer encore la loi de Julis, A, § 3, et le code décemviral, X, 6; les §§ 4 et 9 du document grec et les XII Tables, X, 4 et 5ª.

(2) Pour les nécropoles athéniennes : Brueckner et E. Pernice, *Ein attischer Friedhof* dans *Miltheilungen des deutschen archaeologischen Instituts. Athenische Abtheilung*, XVIII, 1893, p. 73-191. Pour les villes grecques de l'Asie Mineure : Pottier et Reinach, *La nécropole de Myrina* dans *Bibliothèque des écoles françaises d'Athènes et de Rome*. Nouvelle série, 1887, VIII, 1.

(3) Voir surtout, sur ce point, les deux monographies fondamentales de Pottier, *Etude sur les lécythes blancs attiques à représentations funéraires* dans *Bibliothèque des Ecoles d'Athènes et de Rome*. Ancienne série, 1883, fasc. 30, et de Brueckner et Pernice, *Ein attischer Friedhof*.

(4) Plutarque, *Solon*, chap. XXIX. — Loi de Julis, A 4. — Pottier, *l. c.*, p. 14 et suiv., p. 80. — Collignon, article précité des *Annales de la Faculté de Bordeaux*, p. 317. — Lécrivain dans Daremberg et Saglio, II, 2, p. 1373. — Erwin Rohde, *Psyché*, p. 204-208.

(5) Pottier, *l. c.*, p. 70-73, 81. — Lécrivain, *l. c.* — Erwin Rohde, *Psyché*, p. 213.

(6) Pottier, p. 15. — Collignon, *l. c.*, p. 320. — Cuq dans Daremberg et Saglio, II, 2, p. 1387. Loi de Julis, A 3. — Brueckner et Pernice, *l. c.*, p. 142.

(7) Plutarque, *Solon*, chap. XXIX. — Loi de Julis A, § 1. — *Iliade*, XXIV, 580, XVIII, 352. — Dareste, Haussoullier, Reinach, I, p. 15.

(8) Pottier, p. 12, 13, 18, 66, 81.

(9) Lécrivain, *l. c.*, p. 1372. — Pottier, p. 12, 13, 19.

(10) Cicéron, *De legibus*, II, 23, 59. — Festus, *v° Acerra ara* (Thewrewk de Ponor, p. 13).

(11) Brueckner et E. Pernice, *l. c.*, p. 92, 101, 111 et suiv., 136. — Pottier,

flûte (1), aux lits de parade figurant dans le cortège (2), et jusqu'à l'adage *neve aurum addito. At qui auro dentes juncti escunt ast im cum illo sepeliet uretve, se fraude esto* (3). Notons enfin que l'état de choses, contre lequel tendent à réagir les dispositions que je viens d'analyser, existait certainement en Grèce, et spécialement à Athènes, à l'époque où s'est établie la législation dite de Solon (4). Il est plus que douteux, au contraire, que la somptuosité des funérailles se soit développée à Rome dès le milieu du cinquième siècle avant notre ère. Dans le passage du *de legibus*, où il décrit le contenu de la dixième table, Cicéron déclare que les tombeaux anciens qui, de son temps, existaient encore dans la ville, présentaient une très grande simplicité (5). Quant au luxe des cérémonies funéraires, le seul indice qui lui permette d'en supposer l'existence avant les XII Tables c'est, dit-il, que les décemvirs ont songé à le proscrire (6).

Lécythes blancs, p. 19 et suiv. — Homolle, dans *Bulletin de correspondance hellénique*, 1891, p. 441 et suiv.

(1) Hermann-Blümner, *Griech. Privatalterthümer*, § 39, note 23. — Pottier, p. 74. — Collignon, *l. c.*, p. 320.

(2) Pottier, p. 80. — Collignon, *l. c.*, p. 318-320. — Perrot et Chipiez, *Histoire de l'art*, VII, p. 57.

(3) L'usage, qui se rattache au mythe de Caron, de placer des pièces de monnaie, parfois des pièces d'or, dans la bouche du mort, le plus souvent entre ses dents, paraît moins répandu à Athènes (Lécrivain, *l. c.*, p. 1371) que dans les villes grecques d'Asie (Pottier et Reinach, *Nécropole de Myrina*, I, p. 106 et suiv.) et d'Italie (Helbig, *Bull. d'Ist. di corr. arch.*, 1833, p. 155). Mais les bijoux d'or se rencontrent avec une extrême fréquence dans les tombes des nécropoles attiques (Brueckner et Pernice, p. 109-111, 121, 127, 140. — Erwin Rohde, *Psyché*, p. 205. — Wolters dans *Mittheil. d. deutschen archäol. Instituts in Athen*, XXI, 1896, p. 367 et suiv.).

(4) La constatation en est faite dans le *Minos* attribué, sans doute à tort, à Platon, 5, p. 315. Elle concorde avec les résultats donnés par les fouilles : Brueckner et Pernice, *l. c.*, p. 135 et suiv., p. 147. — Pottier, *l. c.*, p. 72. — Perrot et Chipiez, VII, p. 58. Ces divers auteurs constatent qu'il s'est produit à Athènes une simplification des rites funéraires vers la fin du sixième siècle, un peu après l'époque où l'historiographie place la vie de Solon. Les monuments funèbres du cinquième et quatrième siècle offrent, par comparaison avec ceux des temps antérieurs, un caractère de simplicité et de frugalité. Sur les causes de ce mouvement des mœurs, Pottier, *l. c.*, p. 72-73.

(5) Au début du chap. XXV. « Sed credo, ut cæteri sumptus, sic etiam sepulchrorum modum recte requiri. Quos enim ad sumptus progressa jam ista res sit, in C. Figuli sepulchro vides. *Sed credo minimam olim istius rei fuisse cupiditatem : alioquin multa extarent exempla majorum.* »

(6) II, 24, 60. « Quae et recte tolluntur; *neque tollerentur nisi fuissent.* »

Les dispositions des XII Tables, qui ont attiré notre attention par un caractère trop apparent de modernité, sont donc d'origine athénienne. Voilà un fait que nous pouvons considérer comme établi. Mais à quelle cause ce phénomène est-il dû?

La tradition classique en donne une explication : l'envoi à Athènes, comme préliminaire de la codification de 451-450, d'une commission chargée d'y prendre connaissance des lois de Solon. Mais l'explication est-elle admissible? Je ne puis hésiter un instant à répondre négativement.

L'ambassade à Athènes est peut-être le plus suspect de tous les épisodes de l'histoire officielle du décemvirat législatif. Il a de bonne heure éveillé la défiance, et très justement (1). Quoique les ambassadeurs aient été étudier sur place le fonctionnement de la législation athénienne et aient rapporté à Rome le résultat de leur enquête, les décemvirs doivent encore recourir à l'émigré éphésien Hermodore pour obtenir la traduction et l'interprétation des lois grecques. Il est visible que deux ou plusieurs anecdotes distinctes ont été tardivement et maladroitement fondues en une seule (2). De cette légende, qui tend à faire dériver toute l'évolution postérieure de la jurisprudence romaine d'une sorte de réception officielle ou d'une consécration législative, à Rome, du droit grec, il existe, comme le remarque très judicieusement M. Pais, deux autres versions. L'une considère le roi législateur Numa comme un disciple de Pythagore, et rattache ainsi aux doctrines du philosophe grec l'origine des premières institutions juridiques de Rome (3). L'autre attribue à l'un des Tarquins l'envoi d'une

(1) Pour la bibliographie ancienne, assez touffue, cf. Schwegler, *Röm. Geschichte*, III, 29, 4. Le caractère légendaire de l'ambassade à Athènes a été dénoncé dès 1827 par Lelièvre : *Comment. de leg. XII tab. patria.*

(2) Pomponius au *Digeste*, I, 2, 2, § 4. Cf. encore Cicéron, *Pro Balbo*, XI, 28, et ses renseignements sur l'interprète Ménandre; Servius, *Enéide*, VII, 695 : « Justos, dicit Faliscos, quia populus romanus *missis X viris* ab ipsis jura fetialia collegit et nonnulla supplementa XII tabularum accepit quas habuerat ab Atheniensibus. » La version de Servius mériterait examen.

(3) Il semble bien que ce soit la version la plus ancienne. Pais, en effet, en relève déjà la trace, à la fin du quatrième siècle, dans un des fragments conservés de l'œuvre d'Aristoxène (Mueller, *Fragmenta historic. graec.*, II, p. 273), où l'écrivain tarentin range les Romains parmi les disciples de Pythagore. Cicéron affirme, au contraire, dans le *De republica*, II, 15, 28, qu'il n'était déjà plus question de cette légende dans les *Annales Maximi*. Les textes qui ac-

ambassade en Grèce pour y chercher des lois, ambassade dans laquelle aurait figuré notamment le futur-consul Junius Brutus (1). Si les témoignages des classiques se réfèrent, pour la plupart, à la troisième version (2), à l'ambassade de 300/454, ils présentent entre eux de graves divergences. Aussi les critiques deviennent-ils de plus en plus sceptiques. Ceux qui s'efforcent de maintenir à cet épisode un fond d'historicité supposent, en général, que l'ambassade a été envoyée non pas à Athènes, mais dans les cités de la Grande-Grèce (3). Correction arbitraire et insuffisante. Des indices vraiment décisifs de fabrication tardive ont été relevés par Boesch, qui ne me paraît pas toutefois avoir réussi à justifier sa thèse principale, — l'attribution à Valérius Antias de l'invention de notre anecdote (4), — et par Pais, à qui un examen attentif des noms des prétendus enquêteurs de 300/454 a permis de formuler cette conclusion, moins précise, mais plus fortement motivée : la légende de l'ambassade juridique à Athènes ne s'est consti-

cueillent cette première tradition sont analysés en détail dans Schwegler, I, 11, 8, et Cuq, *Inst. jur.*, I, p. 134-135. Sur son origine (origine tarentaise), voir les très pénétrantes pages de Pais, *Storia di Roma*, I, 1, p. 384-387, 594.

(1) Cette seconde version est présentée par Lydus, *De mag.*, I, 31. — Pais, I, 1, p. 602, note 1, estime qu'elle doit venir par une dérivation lointaine et indirecte des écrits de quelque historien sicilien. Mais il ne fournit pas la preuve de cette affirmation. Toujours est-il que Cicéron, *De republica*, II, 19, 34, et 20, 36, place aussi sous le règne des Tarquins la première pénétration importante à Rome de l'influence grecque. Cf. Schwegler, I, 15, 9.

(2) Pour l'analyse de ces nombreux témoignages : Boesch, *De lege XII tabularum a grecis petita*, dissert. Goettingen, 1893, p. 25-27. — Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 10-14.

(3) En ce sens : Lattes, *L'ambasciata dei Romani per le XII tavole*. Milan, 1884 (envoi dans les villes grecques et étrusques); Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 15. Les arguments tirés, soit d'un passage de Denys, X, 54, soit de la communauté de date entre l'ambassade à Athènes et la fondation de la colonie grecque de Turie, me paraissent seulement montrer la préoccupation de l'imitation grecque chez les constructeurs de la tradition sacrée (Pais, I, 1, p. 599) et la diversité primitive des versions de l'histoire de l'ambassade.

(4) *L. c.*, p. 53-57. Les arguments de l'auteur, tirés de l'inspection de l'œuvre de Cicéron (p. 13-53), ne justifient pas suffisamment ses affirmations, — ignorance par Polybe, et même par Aclius Stilo Praeconinus, de l'existence de l'ambassade — (contre l'attribution de l'invention du récit à Valérius Antias : Pais, *l. c.*, I, 1, p. 600, note 1). Mais les contradictions relevées par Boesch entre les divers passages de Cicéron (p. 17-24) et les récits de Tite-Live et Denys d'Halicarnasse (p. 35-46) prouvent bien l'indécision et la diversité primitives des traditions sur l'ambassade.

tuée que postérieurement aux premières ambassades politiques en Grèce, aux missions historiques de 229 et de 146 (1).

Il est visible que la formation même de l'épisode de l'ambassade a été provoquée par la constatation, sans doute déjà faite avant Cicéron par plus d'un auteur, d'étranges similitudes entre les lois de Solon et les lois décemvirales. Si, de ces deux éléments d'une même légende, la réception à Rome du droit grec en 451-450, l'envoi d'une mission à Athènes en 454, il en était un qui pût être considéré comme antérieur à l'autre, ce serait certainement le premier. L'ambassade a été inventée pour expliquer les emprunts faits par le recueil des XII Tables au droit athénien. Le plus ancien de nos garants, Cicéron, signale déjà, dans le code décemviral, des dispositions dérivées de la législation de Solon (2); il ne mentionne l'ambassade ni dans les textes où il compare les vieilles institutions romaines et athéniennes, ni même dans les chapitres du *de republica* qui relatent l'histoire du décemvirat législatif. Avec Tite-Live et Denys d'Halicarnasse apparaissent les premiers récits, mal arrêtés dans le détail, divergents entre eux (3), de la mission à Athènes, et les emprunts exceptionnels dont parlait Cicéron se transforment en une influence exercée par le droit grec sur tout l'ensemble de la législation décemvirale (4). Dans

(1) Les noms des enquêteurs concordent avec ceux de personnages qui ont fait partie des ambassades politiques de 229 et 146. Pais, *l. c.*, p. 592 et 602. Cette remarque, qui, en elle-même, serait peut-être insuffisamment démonstrative, prend une grande force rapprochée des nombreuses causes de suspicion signalées par Pais.

(2) Cf. outre les deux chapitres précédemment cités du *De legibus*, le passage beaucoup plus vague du *Pro Flacco*, 26, 62. Cicéron constate ailleurs l'originalité de la plupart des autres dispositions du code décemviral : *Pro Roscio Amerino*, 25, 69, et *De oratore*, I, 44, 197.

(3) Boesch, *l. c.*, p. 42. — Tite-Live, III, 31, 8; 32, 6; 33, 3. — Denys, X, 52, 54, 56.

(4) Cette conception est déjà visible dans Tite-Live. La mission donnée aux ambassadeurs est la suivante (III, 31, 8) : « Inclitas leges Solonis describere et aliarum Graeciae civitatium instituta, mores, juraque noscere. » Les envoyés reviennent en 452 (III, 32, 6) « cum atticis legibus, » et alors seulement on institue des législateurs pour procéder à la codification. Les ambassadeurs sont mis au nombre des décemvirs (33, 5), non seulement à titre de récompense, mais pour qu'ils puissent faire passer dans le nouveau code quelques-unes des meilleures règles du droit étranger : « Simul peritos legum peregrinarum ad condenda nova jura usui fore credebant. » Denys s'exprime avec plus de précision. Il y a eu imitation générale du droit grec (X, 55 et 57), mais sans

les siècles suivants, en même temps que la légende de l'ambassade se fixe et s'enrichit d'additions, comme l'intervention d'Hermodore, l'imitation du droit hellénique par les législateurs de 451 et 450 devient progressivement une copie (1) et les écrivains du bas empire vont même jusqu'à dire que le code décemviral tout entier, — et non plus seulement, comme le déclarait Cicéron, l'une des tables, — est le résultat d'une translation de lois grecques en latin (2). Le fait positif relevé par Cicéron, la présence dans les XII Tables de quelques phrases traduites du grec, constitue le canevas historique sur lequel la légende a brodé l'épisode de l'ambassade (3).

servilité; à côté de règles extraites des législations grecques, les décemvirs ont consacré aussi quelques-unes des solutions anciennes du droit coutumier (II, 27; X, 55; XI, 44).

(1) Pomponius au *Digeste*, I, 2, 2, § 4. « Placuit publica auctoritate decem constitui viros per quos peterentur leges a Graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus. » — Pline, *Epist.*, VIII, 24, 4 : « Habe ante oculos hanc esse terram quae nobis miserit jura, quae leges non victis, sed petentibus dederit. — Florus, I, 17, 24 : « Adlatas a Graecia leges decem principes lecti jubente populo conscripserant. » Cf. encore Silius Italicus, XIII, 752. — Porcius Latro, *Decl. in Cat.*, 20. — Arrian, *Ars tactica*, XXXIII, 5.

(2) Pseudo-Aurelius Victor, *De vir. ill.*, XXI, 1. « Decemviros legibus scribendis creavit qui eas ex *libris Solonis tralatas* duodecim tabulis exposuerunt. » — Isidore, *Origines*, V, 1, 3 : « Decemviros legibus scribundis creavit qui leges ex libris Solonis, *in latinum sermonem translatas*, XII tabulis exposuerunt. » — Servius, *Enéide*, VII, 695, et les auteurs cités par Voigt, I, p. 12 et 13. — Schwegler, III, 29, 4. Les écrivains du Bas-Empire ne sont pas tous d'accord sur la détermination de celle des lois grecques qui aurait été copiée.

(3) En dehors de la dixième table, ces emprunts grecs paraissent avoir été peu nombreux. Qu'aux textes cités par Gaius (*Digeste*, 10, 1, finium regund., 13 et 47, 22; *De collegiis*, 4) on ajoute les deux règles de la théorie classique de la vente signalées par Hoffmann (*Beiträge zur Geschichte d. griech. und röm. Rechts.* Vienne, 1872, p. 43 et suiv.), — recul jusqu'au payement du prix de la transmission à l'acheteur de la propriété de la *res vendita ac tradita*, soumission de l'acquéreur aux risques entre la conclusion de la vente et la tradition, — en supposant, bien entendu, ce dont je ne me porterais pas garant, que ces dispositions aient bien figuré dans le code décemviral. (Si les *Institutes*, II, 1, *De rer. div.*, § 41, affirment que la première date des XII Tables, elles disent en même temps, — ce qui est contradictoire, — qu'elle appartient au *jus gentium*. Aucun texte ne signale la seconde comme extraite de la législation décemvirale : Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, I, p. 113. — Pais, *Storia di Roma*, I, 1, p. 596) et la liste des emprunts démontrés sera à peu près close. (Elle s'allongerait notablement si l'on tenait compte des imitations probables ou même simplement vraisemblables.) Je ne parle toutefois que du fond du droit. L'influence grecque pourrait bien s'être exercée principalement sur le plan et la méthode d'exposition suivie dans le recueil de S. Aelius Paetus.

L'explication accueillie par l'historiographie des temps impériaux n'apparaît que tardivement dans les sources et avec un caractère nettement aprioristique. Elle a le grave défaut de trop prouver et de dépasser le but qu'elle se propose d'atteindre. Elle a entraîné les classiques insensiblement, mais par une pente fatale, à dénaturer le caractère et la portée des imitations helléniques dans les XII Tables. Elle les a inévitablement conduit à conjecturer qu'il avait dû s'opérer à Rome, au cinquième siècle avant notre ère, au profit du droit athénien, un phénomène analogue à celui que nous pouvons observer dans la société chrétienne du moyen âge, où les chartes de Beaumont ou de Lorris, les *Etablissements de Rouen*, les *Stadtrechte* de Magdebourg ou de Cologne se sont propagés de villes en villes et ont été, en dehors de leur patrie, l'objet de réceptions *in complexu* (1). Conjecture dont une simple comparaison de la législation athénienne et du *jus civile* romain qui présentent sur tant de points des oppositions irréductibles, des contrastes frappants, suffit à établir l'absurdité. De l'étude des diverses versions de la légende de l'ambassade, nous ne retirons donc qu'une seule indication utile. Les Romains de l'époque classique ne mettaient pas en doute que le recueil des XII Tables ne fût l'œuvre de législateurs du cinquième siècle; remarquant que ce recueil reproduisait, à peu près mot pour mot, quelques-unes des dispositions les plus caractéristiques du droit de Solon, ils en concluaient, très logiquement, que les décemvirs avaient consulté et largement utilisé les lois athéniennes. Réduit à ces termes, débarrassé des exagérations qui sont venues tardivement le compliquer, le raisonnement des classiques est impeccable. L'authenticité de l'histoire traditionnelle du décemvirat législatif une fois admise, il échappe à toute critique; mais la conclusion à laquelle il aboutit n'est-elle pas déjà de nature à faire douter de l'exactitude du point de départ?

Sans doute, il ne faudrait point exagérer l'originalité et la spontanéité des très anciennes institutions romaines. Nous

(1) L'antiquité grecque fournit aussi des exemples du même phénomène. Voir notamment, en ce qui concerne la Sicile et la grande Grèce : Dareste, *Nouvelles études d'histoire du droit*, p. 18.

croyons trop volontiers que la législation, qui est devenue en quelque sorte la Bible du juriste, a échappé à la souillure du contact profane. Il nous déplaît de penser que la nation élue, dépositrice de la révélation juridique, ait pu emprunter aux gentils quelques-uns des éléments de sa doctrine. Pieuse illusion! Il est impossible que le droit romain ait échappé aux phénomènes d'infiltration et d'interpénétration que nous observons partout ailleurs entre coutumes de peuples unis par les liens du voisinage et du commerce. Dès le temps où la légende place le décemvirat législatif, dès le cinquième siècle avant notre ère, Rome paraît s'être frottée à la civilisation, non pas de la Grèce elle-même, mais de quelques-unes des colonies helléniques d'Italie et des populations de l'Etrurie déjà pénétrées par la culture grecque (1). L'influence de ce contact prolongé a dû s'exercer sur les institutions juridiques (2) aussi bien que sur la religion, les mœurs ou la langue; elle a sans doute accéléré ou modifié sur plus d'un point la marche naturelle du développement du *jus civile*.

Mais est-il possible d'attribuer aux infiltrations du droit grec dans la vieille coutume romaine, qui se sont produites par l'intermédiaire des législations de villes helléniques d'Italie, l'étrange similitude des dispositions de la dixième table avec la réglementation donnée aux funérailles par le droit athénien? Non. Il est vrai que le mouvement de réaction contre l'excessive somptuosité des cérémonies funéraires ne s'est pas localisé dans la Grèce proprement dite, à Athènes, à Julis, à

(1) Cf. Beloch, *Campanien. Topographie, Geschichte und Leben der Umgebung Neapels* (2). Breslau, 1890, p. 157 et suiv. — Von Dohn, *Grundzüge einer Geschichte Campaniens nach Massgabe der neuesten archäologischen Entdeckungen* dans *Verhandlungen der 34 Philolog. Versammlung*, 1880, p. 140 et suiv. — Schwegler, *Röm. Geschichte*, I, 4, 31 et 32. — Niese, *Grundriss der römischen Geschichte* (2), § 6, p. 23-25. — Busolt, *Griechische Geschichte*, II (2), p. 800 et suiv. — Meyer, *Geschichte des Alterthums*, II, § 439-440; — la monographie de Droysen, *Athen und der Westen*. Berlin, 1882. — Pais, *Storia di Roma*, I, 1, p. 597; *Storia di Sicilia*, I, p. 321. — Kirchhoff, *Studien zur Geschichte des griechischen Alphabets* (4), p. 120. — Zöller, *Latium und Rom*, p. 167 et suiv. — Saalfeld, *Italograeca kulturgeschichtliche Studien*, p. 13 et suiv.; *Hellenismus in Latium*, p. 1-29. — Weise, dans *Rhein. Museum für Phil.*, 1883, p. 541 et suiv. — Helbig, dans *Hermes*, 1876, XI, p. 257 et suiv. — Mueller-Deecke, *Die Etrusker*, II, p. 220 et suiv.

(2) Ch. Appleton dans cette *Revue*, 1902, p. 59. — Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 15. — Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 23, note 4.

Sparte (1); il s'est étendu, — si toutefois nous accordons créance à des témoignages fort tardifs, — à quelques-unes des cités de la Sicile et même de l'Italie, à Syracuse, Locres, Catane, Thurii. Mais il n'est évidemment pas permis de supposer que les décemvirs, à une époque où Rome n'était pas en contact avec la Sicile, aient emprunté les maximes de la dixième table à la législation funéraire de Syracuse, alors surtout que le seul auteur qui garantisse l'existence de cette législation dont le contenu nous est inconnu, Diodore (2), affirme qu'elle a été abrogée dès avant le temps où la chronologie officielle place la rédaction des XII Tables. Restent les prétendus codes de Zaleucos (droit de Locres) et surtout de Charondas (droit de Catane). Nous n'avons, en ce qui les concerne, que des renseignements fort incertains, très contradictoires, peu dignes de foi; ils appartiennent plutôt à la légende qu'à l'histoire (3). Les rites funéraires y auraient également été l'objet d'une réglementation restrictive, si nous en croyons Héraclide de Pont et Stobée (4). La seconde de ces législations, celle qui porte le nom de Charondas, a peut-être pu, dès le cours du

(1) Cf. sur le droit spartiate : Plutarque, *Lycurgue*, chap. XXXIX.

(2) XI, 38, 2. Diodore paraît indiquer qu'elles s'inspiraient de tendances très différentes de celles qui dominaient la dixième table. D'après lui elles seraient tombées en désuétude avant le règne de Gelon (491-478 avant notre ère). La suite du texte ne vise plus que les mesures prises par Gelon en vue de sa propre sépulture.

(3) Dareste, *Nouvelles études d'histoire du droit*, p. 29.

(4) Il faut posséder une réelle force d'imagination pour retrouver, au travers de la brève et confuse indication fournie par Héraclide de Pont (XXX, 2, dans Mueller, *Fragmenta hist. graec.*, II, p. 221) sur le droit de Locres, les traces d'une législation des funérailles apparentée à celle de Solon. Héraclide nous dit seulement que les lamentations ne sont pas pratiquées à Locres, mais qu'en revanche le repas funèbre y est d'usage. Il signale ainsi à la fois un point de contact et une dissemblance entre la coutume de Locres et le droit athénien. En ce qui concerne les lois dites de Charondas nous avons un renseignement un peu moins vague, mais beaucoup plus suspect. Le préambule du code de Charondas, reproduit par Stobée dans son *Florilegium*, XLIV, 40, atteste le souci de réagir contre le luxe des funérailles. Malheureusement Stobée écrit environ un millier d'années après le temps où aurait vécu Charondas, et il est à craindre que le prétendu *proemium* des lois de Charondas, — qui peut, tout au plus, se présenter comme une reproduction, très libre en la forme, — ne soit un morceau de littérature d'origine assez moderne (Cf. Dareste, Haussoullier, Reinach, I, p. 12). Le passage de Stobée n'attesterait pas d'ailleurs l'existence de similitudes de détail entre le droit de Charondas et le droit des XII Tables, sauf toutefois la prohibition des lamentations.

cinquième siècle, exercer quelque réaction sur la coutume romaine, car elle s'est communiquée à la ville de Thurii dont la fondation, par une coïncidence probablement fortuite, paraît à peu près concorder avec la date assignée à l'ambassade législative envoyée à Athènes (1). Mais la loi de Charondas — et, *a fortiori*, la loi de Zaleucos, qui l'a chronologiquement précédée, — ne reproduit certainement pas la loi de Solon, puisque, d'après la tradition, elle est un peu plus ancienne (2). Vainement prétendrait-on que la partie de la législation athénienne qui a trait aux funérailles a été empruntée au droit de Charondas. Cette conjecture n'est pas défendable. S'il en avait été ainsi, les écrivains qui, comme Aristote (3), transforment le code de Charondas en une sorte de législation modèle, proposée à leurs concitoyens comme idéal juridique, n'auraient pas négligé de rappeler ce précédent, favorable à leurs prétentions. On comprendrait difficilement l'attitude de Cicéron qui connaissait la loi dite de Charondas. Les témoignages relatifs à la législation funéraire de Zaleucos et de Charondas sont en eux-mêmes quelque peu suspects, à raison de la tendance souvent remarquée des écrivains de l'époque impériale à transporter au droit de Locres ou au droit de Catane, les données qui leur étaient fournies sur le droit de Solon. Mais si l'on fait état de ces témoignages, il faut les accepter tels quels et ils nous présentent la loi de Solon, d'une part, les lois de Zaleucos et de Charondas, d'autre part, comme des législations très distinctes et originales. On ne saurait donc songer — ce serait vraiment pousser la témérité trop loin — à transporter au droit de Charondas ce que Cicéron dit du droit de Solon, étant donné que l'auteur du *de legibus* ne relève pas seulement, entre les XII Tables et la législation étrangère, une communauté d'inspiration, mais une concordance dans les détails les plus infimes de réglementation.

(1) Pais, *Storia di Roma*, I, 1, p. 599.

(2) Dareste, *Nouvelles études d'histoire du droit*, p. 13.

(3) Fragment 226 dans Mueller, *Frag. hist. Graec.*, II, p. 173. Même tendance encore à la fin du troisième siècle chez Hermippos, frag. 3, dans Mueller, III, p. 37. Aristote qui, pourtant, entre dans quelques détails, ne fait aucune allusion à l'existence, dans les lois de Charondas, d'une réglementation des funérailles.

Les romanistes, qui acceptent comme parole d'évangile les traditions sur le décemvirat législatif, ne devraient pas, semble-t-il, reculer devant cette conclusion : il s'est produit, au milieu du cinquième siècle, une pénétration partielle à Rome des institutions juridiques d'Athènes. Et pourtant, en général, ils évitent soigneusement de la formuler. Ils ont conscience que l'invraisemblance en est par trop criante. Quand on le localise dans le cinquième siècle, il devient impossible d'expliquer ce phénomène de réception par l'une quelconque des causes qui, ailleurs, ont provoqué la communication du droit d'un peuple à l'autre. Il n'est pas dû, comme les nombreux faits similaires de l'époque franque, à l'application simultanée dans une même région de divers droits de race. Il est vrai que l'exclusion des non-citoyens de la participation au *jus civile* produisait des effets assez analogues à ceux du principe de la personnalité des lois. Mais encore eût-il fallu que l'élément athénien fût représenté parmi les populations étrangères séjournant à Rome et y vivant d'après leurs lois de race. On ne peut invoquer ni l'un de ces faits de conquête qui facilitent l'interpénétration des coutumes du vainqueur et de celles du vaincu, des usages juridiques des divers peuples soumis à une même domination, ni un mouvement scientifique du genre de ceux qui ont véhiculé l'influence de la jurisprudence romaine au huitième siècle dans le droit musulman par l'intermédiaire de l'école de Abu Hanifâ (1), à partir de la fin du onzième dans la société chrétienne par l'organe de l'école de Bologne. Il ne saurait être question, bien entendu, ni d'une similitude de développement économique, ni d'une ressemblance dans les formes de culture. Athènes et Rome se trouvaient, au milieu du cinquième siècle, à des degrés de civilisation singulièrement inégaux. A défaut de l'une de ces causes, le phénomène que décrivent les classiques eût supposé, tout au moins, l'existence de relations quotidiennes entre Rome et Athènes; et la littérature grecque nous montre assez qu'il n'existait point à cette époque de commerce régulier entre les deux villes. Si le document connu sous le nom de loi des XII Tables était réellement,

(1) Cf. Goldziher, *Muhammedanische Studien*, II, p. 75 et 76, et la bibliographie citée par cet auteur.

comme l'affirme une tradition tardivement formée, un code datant des années 451 et 450, la présence, dans ce recueil, de dispositions empruntées à la législation athénienne constituerait une énigme absolument insoluble.

Le mystère se dissipe si les conclusions que j'ai dégagées de l'analyse des plus anciennes sources de l'histoire romaine sont exactes. J'ai constaté, dans ma précédente étude, que ceux-là même des grammairiens et des archéologues qui se piquent de citer avec le plus de fidélité le prétendu code décemviral, ne l'ont connu que par l'intermédiaire de Sextus Aelius Paetus, le consul de 198; que la plus ancienne édition des XII Tables, dont les classiques aient conservé le souvenir, est celle que Sextus Aelius a incorporée dans ses *Tripertita ;* que la langue des parties les plus archaïques du recueil ne nous reporte ni au cinquième siècle, ni même au lendemain des invasions gauloises, mais seulement au temps de Plaute ; que les premières allusions au décemvirat législatif et les premières mentions des XII Tables ne se rencontrent qu'au milieu du second siècle. Si je n'ai pas commis d'erreur dans le dépouillement et l'interprétation des plus anciens témoignages historiques, je puis conclure de ces recherches que, vers le moment où les XII Tables ont reçu leur forme définitive, le mouvement de pénétration de la culture grecque, qui avait pris naissance au temps des guerres Puniques, battait son plein et était devenu le puissant torrent dont parle Cicéron (1) ; que déjà l'hellénisation de la société latine avait fait assez de progrès pour provoquer la réaction nationaliste dont Porcius Cato fut le principal meneur (2). La comparaison des usages juridiques, plus savants, plus raffinés, que décrivent les orateurs et les philosophes athéniens, n'a pas pu demeurer sans action sur la jurisprudence romaine. A l'époque où les premiers poètes latins se sont exercés à traduire et à adapter au goût de leurs concitoyens les productions du théâtre grec, où les annalistes

(1) *De republica*, II, 19. « Influxit etiam non tenuis quidam e Graecia rivulus in hanc urbem, sed abundantissimus amnis illarum disciplinarum et artium. »

(2) Cf. Saalfeld, *Hellenismus in Latium*, p. 149 et suiv., et les auteurs cités par lui. — Schanz, *Geschichte der röm. Litteratur* (2), I, p. 125, § 66. — Ricci, *Catone nell' oppozione alla cultura graeca e ai grecheggianti.* Palerme, 1895, p. 1 et suiv.

laïques ont commencé à édifier une historiographie nationale faite à l'image et sur le modèle de l'historiographie grecque (1), la science juridique, encore dans l'enfance, qui ne s'est engagée dans la voie didactique qu'avec Sextus Aelius Paetus, n'a certainement pas pu résister toujours au mouvement d'hellénisation et s'abstenir de jamais utiliser le secours que la jurisprudence grecque lui offrait pour l'accomplissement de la nouvelle tâche qui s'imposait à elle : l'accommodation du vieux droit national aux transformations de la vie économique provoquées par la réception, à Rome, d'une civilisation étrangère. Au début du deuxième siècle, date approximative de la composition des XII Tables, bien des brocards d'origine grecque avaient dû déjà, véhiculés par la littérature, s'acclimater à Rome, en même temps que les conceptions juridiques et les combinaisons économiques qui leur avaient donné naissance. Il est fort naturel que quelques-uns de ces adages d'importation récente aient pris place dans une compilation entreprise par un contemporain d'Ennius et de Caton. La même cause, la pénétration de la science et la culture étrangères, a produit à Rome les mêmes effets que dans la société chrétienne du moyen âge. Il en est du plus ancien monument de la littérature juridique latine comme de nos coutumiers du treizième siècle. Les règles qui appartiennent réellement au fonds ancien de la coutume nationale y sont mélangées à des dispositions empruntées à une législation plus savante, le droit athénien dans les XII Tables, le droit de Justinien dans le *Conseil à un ami* ou dans les *Etablissements de saint Louis*.

III. — La personnalité de l'auteur probable du recueil connu sous le nom de loi des XII Tables, contribue encore à expliquer, en même temps que les emprunts faits au droit grec, le petit nombre et la relative discrétion de ces emprunts. Nous

(1) La préoccupation d'établir un parallélisme étroit entre l'historiographie grecque et la tradition romaine est frappante chez les annalistes latins. Voir, pour le temps des rois, Schwegler, *Röm. Geschichte*, I, 1, 25 et suiv.; 2, 26; 4, 9; 8, 5. Pour la période entre le temps des rois et l'intervention de Pyrrhus, Pais, *Storia di Roma*, I, 1, p. 107 et suiv. L'imitation grecque est même visible dans les *Annales maximi* à en juger par les rares fragments qui nous sont parvenus.

savons, en effet, par Ennius (1) et par Cicéron (2), que Sextus Aelius Paetus appartenait au parti des modérés et des politiques, qu'il évitait, à la fois, le fanatisme nationaliste de Caton et la manie hellénisante des néophytes, qu'il goûtait les lettres grecques sans afficher toutefois à leur égard un enthousiasme immodéré (3). Grâce à ces qualités de pondération, il a su respecter les maximes vraiment originales du très vieux droit romain et ne puiser, que pour combler les lacunes du *jus civile*, dans la législation que les lettrés de son temps érigeaient en idéal juridique. Aussi l'influence hellénique ne se fait-elle sentir, au travers de sa compilation, que sur des institutions d'origine récente, qui n'ont guère pu se développer à Rome que dans le milieu économique et intellectuel créé par la réception de la culture grecque.

Si Sextus Aelius Paetus n'a utilisé qu'avec modération et discernement les lois de Solon, en ce qui concerne le fond du droit, il paraît, en revanche, en avoir beaucoup plus servilement imité les méthodes de composition. C'est, sans doute, la lecture de l'antique législation athénienne qui lui a inspiré l'idée de grouper les règles du droit civil en tables et en lois numérotées. On chercherait vainement la trace d'un pareil procédé d'exposition dans les anciennes lois romaines. Je ne m'attarderai pas à démontrer qu'il est étranger à la technique législative romaine. Je puis me retrancher derrière l'opinion, fortement motivée, d'un juge compétent entre tous, M. Girard, et je me bornerai à extraire de la notice qui, dans ses *Textes de droit romain*, précède les XII Tables, les quelques lignes suivantes : « Il est absolument contraire aux habitudes des Romains de prendre les tables sur lesquelles ils inscrivent une loi comme divisions de fond de cette loi. Les exemples que nous possédons, par exemple la loi *Rubria* et la loi *Cornelia de XX quaestoribus*, nous montrent les Romains gravant leurs tables de bronze comme nous écrivons sur les pages d'un cahier, sans nous inquiéter d'interrompre au bas d'une page la phrase qui continuera au haut de la suivante (4). » Et

(1) Dans Aulu-Gelle, XII, 4, 1 et suiv.
(2) *De republica*, I, 18, 30.
(3) Cf. Joers, *Röm. Rechtswissenschaft*, I, p. 101-102.
(4) 2e édit., p. 10.

pourtant l'existence d'une répartition en tables et en lois des matériaux contenus dans le prétendu code décemviral est très clairement affirmée par l'un des auteurs qui nous fournissent, sur les XII Tables, les renseignements les plus abondants et les plus précis, par Festus (1). Cet écrivain, voulant signaler au lecteur l'endroit précis des XII Tables qui révèle le sens ancien du mot *reus*, y renvoie en ces termes : *Nam* (2) *in secunda tabula, secunda lege, in qua scriptum est.*

Je n'ignore point que M. Girard propose d'éliminer ce document gênant, sous prétexte que les manuscrits ont dû trahir la pensée de l'auteur, que les scribes ont dû corrompre l'original, en lisant à tort *II tabula II leg(e)* là où il y avait, en réalité, *II tabula XII leg(is)* : mais je ne me sens pas suffisamment convaincu par l'argumentation de mon éminent maître et je crains que, sous l'impulsion de l'école critique allemande, nous n'ayons un peu trop abusé, depuis quelque temps, de ces rectifications purement hypothétiques de textes. Le témoignage de Festus n'est point isolé. Cicéron, lui aussi, voit dans les tables décemvirales des divisions d'ordre logique. Cela ressort soit des chapitres du *de legibus* consacrés à l'analyse de la dixième table (3), soit surtout d'une lettre à Atticus où Cicéron suppose qu'une des tables était spécialement réservée aux *Fastes* (4). Je rappelle, en outre, qu'en admettant que

(1) Au mot *Reus* (Thewrewk de Ponor, p. 372).

(2) Les meilleurs manuscrits portent *Numa* au lieu de *Nam*. Mais il faut restituer *Nam*. La comparaison d'un passage d'Ulpien au *Digeste*, 2, 11, 2, 3, montre péremptoirement que la disposition citée par Festus figurait bien dans les XII Tables, et non pas dans les *leges regiae*. La lecture des mots *secunda tabula secunda lege* ne prête lieu à aucune difficulté ni à aucune divergence.

(3) La dixième table s'y présente comme l'un des chapitres naturels du code décemviral. C'est le chapitre qui contient la législation des funérailles. Cf. Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, I, p. 115. — Voigt, *XII Tafeln*, I, p. 53.

(4) *Ad Atticum*, VI, 1, 8. « E quibus (libris) unum ιστορικὸν requiris de Gn. Flavio A. F. Ille vero ante decemviros non fuit, quippe qui aedilis curulis fuerit, qui magistratus multis annis post decemviros institutus est. Quid ergo profecit, quod protulit fastos? *Occultatam putant quodam tempore istam tabulam, ut dies agendi peterentur a paucis*; nec vero pauci sunt auctores Gn. Flavium scribam fastos protulisse, actionesque composuisse. » Pour expliquer une contradiction qu'Atticus signale dans les traditions nationales reproduites dans le *De republica*, divulgation des fastes à deux reprises, au milieu du cinquième et à la fin du quatrième siècle, d'abord par les décemvirs, puis par Gn. Flavius, Cicéron suppose que la table décemvirale réservée aux fastes,

les tables de bois, de bronze ou d'ivoire dont parlent les classiques aient jamais existé, il est certain qu'elles n'étaient point affichées à Rome à l'époque historique, et que les écrivains qui nous renseignent sur le code décemviral ne l'ont jamais connu que par l'intermédiaire des *Tripertita* ou, surtout, de commentaires plus récents. Je crois l'avoir prouvé antérieurement. Si Cicéron et Festus ont pu discerner le contenu de chaque table, c'est parce que la division en tables était reproduite dans les *Tripertita* et dans les œuvres similaires. Peut-on supposer que Sextus Aelius Paetus et les éditeurs postérieurs auraient pris la précaution de respecter l'identité individuelle des tables, s'il n'y avait eu là que des coupures matérielles du texte ne correspondant à aucun temps d'arrêt naturel dans le développement? Non. Ce serait prêter les préoccupations du chartiste moderne aux hommes d'un temps qui ignorait encore le culte du document, le souci d'assurer la conservation des textes dans leur teneur diplomatique. Je n'ai donc, personnellement, aucun motif de suspecter le témoignage de Festus. Dans la prétendue législation décemvirale, — je n'en doute pas un instant, — les tables constituaient de véritables chapitres et se subdivisaient en paragraphes ou en lois numérotées.

Ce procédé d'exposition, inconnu du législateur romain, n'aurait-il point été emprunté par le rédacteur des XII Tables au même modèle que la majeure partie des dispositions sur les funérailles? Il est permis de le penser. Nous savons, en effet, que les tables sur lesquelles, à partir d'une époque qu'il est assez difficile de déterminer, les lois de Solon, comme d'ailleurs celles de Dracon (1), ont été gravées dans un but de publicité, représentaient des divisions de fond et contenaient chacune une liste de lois numérotées. Les tables de Solon sont déjà mentionnées par les écrivains de l'âge d'or de la littérature grecque (2). Il paraît même en avoir existé deux

après un affichage momentané, avait été soustraite et tenue cachée par les patriciens.

(1) Busolt, *Griechische Geschichte*, 2e édit., II, p. 139, note 1, 224, note 1. Nous pouvons nous représenter assez exactement ce qu'étaient ces tables de Dracon grâce à un document épigraphique, daté des années 409-408, qui contient la loi de Dracon sur le meurtre. Voir le texte dans *C. I. A.*, I, 61, et la traduction dans Dareste, *Plaidoyers civils de Démosthène*, II, p. 56.

(2) Aristote, Ἀθηναίων πολιτεία, 7, 1. Cf. Démosthène, XXIII (Aristokr.), 31.

séries : les *Axones*, conservées au Prytanée, et les *Kyrbeis*, exposées dans la maison royale. Quel rapport y avait-il entre les *Axones* et les *Kyrbeis?* Cela ne ressort pas très nettement des sources. L'opinion la plus commune voit dans les secondes une reproduction officielle des premières (1). En tous cas, — et c'est là le seul point qui nous intéresse, — la nature méthodique du classement des règles de la jurisprudence Solonienne, par tables et par lois, échappe à toute discussion. Le biographe de Solon, Plutarque, qui suit ici comme principal garant un grammairien d'Alexandrie, contemporain de César et d'Auguste, auteur d'un livre sur les *Axones*, Didyme (2), indique avec précision la place occupée dans le code de Solon par la disposition sur l'amnistie. Elle constitue la huitième loi de la treizième table (3). Ne croirait-on pas entendre encore Festus citer le code décemviral? Or, c'est certainement sous la forme des *Axones* que les lois de Solon sont parvenues à la connaissance des premiers lettrés latins et, par conséquent, du rédacteur du prétendu code décemviral, qui en a extrait des phrases entières.

Dans leur ordonnancement matériel, les XII Tables contrastent avec les habitudes du législateur romain; elles rappellent les méthodes du législateur athénien. Au point de vue de la contexture générale, il n'y a qu'un seul trait de divergence, le total des tables. La législation dite de Solon en comptait, au minimum, seize (4); le vieux monument du *jus civile* n'en a que douze. Ce dernier chiffre s'explique aisément par la superstition, si souvent remarquée, que les Romains des siècles républicains éprouvaient pour le nombre 12, auquel ils attri-

Pour l'énumération des témoignages postérieurs, très nombreux, cf. Busolt, *Gr. Gesch.* (2), II, p. 290-292.

(1) Busolt, *Gr. Geschichte* (2), II, p. 291, note 3. — *Griechische Staats-und Rechtsalterthümer* (2) (dans Ivan von Mueller), p. 153. — Wilamowitz-Moellendorff, *Aristoteles und Athen*. Berlin, 1893, I, p. 45-48. — Wachsmuth, *Stadt Athen*, I, p. 353. — Hermann, *Griech. Staatsalterthümer* (6), § 67.

(2) Christ, *Geschichte der griechischen Litteratur* (3) (Iwan von Mueller), 1898, p. 611-612. — Busolt, *Gr. Gesch.*, II, p. 59. — Susemihl, *Gesch. d. gr. Litteratur in d. Alexandrinerzeit*, I, p. 19, note 100, p. 208, note 334.

(3) *Solon*, chap. XXIV.

(4) Plutarque, *Solon*, chap. XXXI, cite, en effet, une loi de la seizième table.

buaient une sorte de vertu magique (1). C'est, sans doute, à l'influence exercée par les lois de Solon sur la plus ancienne compilation de droit romain qu'est due, en même temps que la division du recueil, le développement de la croyance à l'existence des tables qui auraient été affichées sur le forum et que, cependant, aucun des auteurs latins dont les œuvres sont parvenues jusqu'à nous n'y a jamais vu. Les difficultés auxquelles donnait lieu, dès le troisième siècle avant notre ère, la coexistence des *axones* et des *kyrbeis* — tables qui n'étaient pas formées de la même substance — paraît être la cause première des contradictions que présentent les témoignages des classiques en ce qui concerne la nature des tables sur lesquelles auraient été gravées les dispositions de la loi décemvirale. La légende latine a reflété les incertitudes et les obscurités de la tradition grecque qui l'avait inspirée. Ne serait-ce point aussi cette imitation servile des procédés d'exposition du législateur athénien par le rédacteur des XII Tables qui aurait provoqué le dégagement de l'histoire traditionnelle du décemvirat législatif? Le recueil des XII Tables pourrait bien être, en effet, un peu plus ancien que la légende qui lui assigne une origine législative. Il existait vers le début du deuxième siècle, puisqu'il était édité dans les *Tripertita*, tandis que les premières traces de la légende du décemvirat ne se rencontrent qu'au milieu du même siècle, dans Cassius Hemina et Sempronius Tuditanus. Entreprenant une tâche qui n'avait jamais été tentée avant lui, une systématisation des règles du *jus civile*, Sextus Aelius Paetus a suivi d'instinct le procédé de classification que lui offrait son modèle grec : il a réparti en tables et en lois les anciens adages juridiques dont le souvenir s'était perpétué jusqu'à lui par la circulation orale (2). La forme donnée à la compilation lui a facilité la conquête de la valeur d'un code. Le coutumier a été transformé par la foi

(1) Cf. Varron, *De lingua latina*, V, 34 *in fine*. « Multa enim antiqui duodenario numero finierunt, ut XII decuriis actum, » et les très nombreuses manifestations de cette superstition énumérées dans Bloch, *Les origines du Sénat romain : Bibliothèque des Ecoles d'Athènes et de Rome*, 1883, XXIX, p. 3, 6-10.

(2) Sur ce point encore le rapprochement s'impose avec nos coutumiers du moyen âge.

populaire, comme tant d'œuvres similaires, en une œuvre officielle. On a dû lui chercher des éditeurs responsables. Dans les villes grecques, c'était à un sage, inspiré par les dieux, qu'on attribuait, en pareil cas, l'établissement du corps de lois dû au travail patient de la jurisprudence nationale. A Rome, soit par l'effet d'une propension naturelle — très caractérisée pendant le cours du deuxième siècle — à fixer presqu'invariablement au chiffre sacramentel de dix le nombre des membres dans les magistratures et les commissions investies de missions exceptionnelles, comme la conclusion des traités ou l'organisation des provinces conquises et l'établissement de leurs constitutions (1), soit sous l'influence de quelques précédents plus précis de l'histoire nationale (2), on prêta à

(1) Tite-Live, XXIX, 20-21; XXX, 43-44; XXXI, 11-19; XXXIII, 24 et suiv.; XXXIV, 25-57; XXXVII, 44-55; XXXVIII, 37-58; XL, 29; XLV, 17-32. Des justifications détaillées sont fournies par Willems, *Le Sénat de la république romaine*, II. p. 475, 505, 703; Mommsen, tr. Girard, *Droit public*, IV, p. 357, 413, et Bloch, *Origines du Sénat romain*, p. 199. — Je signale surtout, comme particulièrement suggestive, à cet égard, la lecture des *Histoires* de Polybe. Elle nous montre que, à la fin du troisième siècle et surtout dans la première moitié du deuxième, les Romains avaient l'habitude de confier à des commissions sénatoriales de décemvirs, ou même primitivement à des décemvirs magistrats, le soin de régler, à la fin des guerres, toutes les difficultés pendantes. Voir notamment : I, 63, 1; XVIII, 25, 7; 27, 1, et 28, 7; XXII, 7, 5; 25, 6, et 27, 1-12; XL, 9, 1, et 10, 1. Polybe donne des détails particulièrement intéressants sur le rôle des décemvirs envoyés en Asie à la fin de la guerre contre Antiochus. Ils ont des attributions à la fois judiciaires et législatives. Ils tranchent les contestations entre villes, XXII, 27, 1; ils règlent le sort des diverses cités, déterminent leur degré d'indépendance, l'étendue de leur territoire et leur donnent des lois, XXII, 27, 7. Il était donc tout naturel, à l'époque où s'est formée la légende des XII Tables, qu'on attribuât la rédaction d'une sorte de *Grande Charte* de la cité romaine à l'une de ces commissions ou magistratures décemvirales par l'intermédiaire desquelles on était alors accoutumé à voir régler la constitution des provinces nouvellement conquises. Le trait principal des traditions sur la prétendue codification de 451-450 paraît avoir été obtenu par une conclusion du présent au passé. On a toutefois fait sortir de l'élection populaire les décemvirs chargés de doter Rome d'un Code, à la différence des décemvirs choisis le plus souvent, mais non pas toujours, par le Sénat pour imposer des lois aux Etats vaincus. Cette retouche s'explique assez d'elle-même. Quant aux fioritudes de la légende, les origines en sont déjà connues. Elles ont été mises en lumière soit, pour ce qui concerne l'épisode de Virginie, par Mommsen, *Droit public* (trad. fr.), IV, p. 422, p. 443 (cf. Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 40), soit, pour tout ce qui touche au rôle d'Appius Claudius, par Pais, *Storia di Roma*, I, 1, p. 567-569, 579 et suiv.; I, 2, p. 546 et suiv., p. 632 et suiv.

(2) Parmi ces points d'attache de la légende des XII Tables, M. Pais, *Storia*

des commissions décemvirales chargées d'écrire les lois le rôle du nomothète grec.

IV. — Incompréhensibles au milieu du cinquième siècle, les emprunts faits par les XII Tables aux lois de Solon deviennent très naturels au temps de Plaute ou de Caton. Alors qu'il s'agit d'un recueil dont aucun témoignage historique n'atteste l'existence avant le début du second siècle, alors que les dispositions empruntées au droit grec supposent un état de civilisation déjà assez complexe, la conclusion ne s'impose-t-elle pas? Je ne puis toutefois oublier que les arguments qui seraient considérés comme péremptoires dans toute autre branche de la science historique perdent leur force de conviction quand ils sont dirigés contre l'une des assertions de l'historiographie romaine et que les procédés employés pour contrôler les autres corps de traditions nationales paraissent aisément déplacés et irrévérencieux quand on les applique à la critique des livres saints du juriste. Ne nous arrêtons donc pas en chemin et recherchons maintenant si l'histoire officielle des temps impériaux ne nous fournirait point elle-même la preuve que celles des règles des XII Tables dont j'ai signalé la physionomie moderne ne sont nées que bien postérieurement au milieu du cinquième siècle. Je laisse désormais de côté le texte sur les associations pour concentrer exclusivement mon attention sur les maximes de la dixième table.

Elles se divisent, nous l'avons vu, en deux catégories : d'une part, des mesures de police qui se présentent comme les productions spontanées de la législation ou de la jurisprudence romaine; d'autre part, la réglementation des cérémonies funé-

di Roma, I, 1, p. 591; I, 2, p. 632, a signalé notamment le décemvirat judiciaire (*judices decemviri* de Tite-Live, III, 55-6). Peut-être trouverait-on aussi quelques indications utiles dans la direction tracée par Servius, *Enéide*, VII, 695. Mais c'est surtout dans l'histoire du décemvirat sacerdotal que l'on pourrait puiser des rapprochements féconds (Cf. Marquardt-Wissowa, trad. Brissaud, *Le Culte chez les Romains*, II, p. 83). L'attribution à des décemvirs de la fonction de l'*Aisymnete* grec suffirait à elle seule à prouver que la date de naissance de la légende des XII Tables doit être localisée entre la fin du troisième et le milieu du deuxième siècle, temps de la pleine floraison des décemvirats. Je ne puis songer à présenter ici la justification de cette conclusion. Je compte la développer prochainement dans une étude sur les décemvirats historiques du second siècle.

raires servilement imitée du droit athénien. Reprenons successivement ces deux catégories.

Parmi les dispositions du premier groupe, une seule est, dans le *de legibus*, l'objet de commentaires détaillés. C'est la règle *hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito*. Nous avons, sur sa date d'introduction, un renseignement précis dû à Servius Honoratus. Commentant la description des cérémonies funéraires faite par Virgile au livre XI de l'*Enéide*, Servius s'arrête à l'examen d'un trait particulier des rites anciens que rappelle le vers 206. Autrefois, dit-il, on procédait aux sépultures même à l'intérieur des cités. Plus tard seulement, sous le consulat de Duellius, le Sénat prohiba et la loi défendit d'ensevelir dans la ville. C'est ce qui explique que les *imperatores* et les vestales, n'étant pas soumis aux lois, aient leurs sépulcres dans la cité (1). Or, les diverses versions des *Fastes*, et notamment les *Fastes capitolins* (2), nous donnent la date du consulat de Duellius. Elle se place en l'an 260 avant notre ère. M. Cuq (3) essaye bien d'interpréter ce passage de Servius comme visant une simple confirmation de mesures antérieurement consacrées par les XII Tables. Mais le témoignage du commentateur de Virgile ne se prête point à pareille transformation. D'après lui, jusqu'en 260, on a pu librement enterrer les morts dans la ville. Et la règle édictée en 260 a si bien la nature d'une innovation que les personnes qui, comme les vestales, échappaient, à raison de leur caractère sacré, à l'empire de la loi profane, ont conservé, à titre de privilège, la faculté qui jusque-là appartenait à tous les citoyens, de choisir leur sépulture dans l'enceinte urbaine. Si les XII Tables dataient du cinquième siècle, il faudrait donc admettre que,

(1) Thilo et Hagen, *Servii grammatici qui feruntur in Virgilii carmina commentarii*, II, p. 496. « *Urbique remittunt* deest (unicuique). Et meminit antiquae consuetudinis : nam ante etiam in civitatibus sepeliebantur, quod postea *Duellio consule* senatus prohibuit et lege cavit ne quis in urbe sepeliretur : Unde imperatores et Virgines Vestae, *quia legibus non tenentur*, in civitate habent sepulchra. Denique etiam nocentes virgines Vestae, *quia legibus non tenentur*; licet vivae, tamen intra urbem in campo scelerato obruebant. » Cf. les commentaires de Servius sur *Aen.*, V, 64; VI, 152.

(2) *Corpus inscriptionum latinarum*. Nouvelle édition, I, p. 137. On ne rencontre pas avant cette date de consul du nom de Duellius.

(3) Article *Funus* dans Daremberg et Saglio, II, 2, p. 1393.

malgré le caractère de charte fondamentale et inviolable de la cité que leur attribue la tradition classique, l'une des dispositions édictées par elles dans celui de tous les domaines du droit qui s'ouvre le plus vite à l'action de la législation profane, la police municipale, est tombée en désuétude avant le milieu du troisième siècle, au moment même où la densité croissante de la population imprimait une nouvelle force aux préoccupations de sécurité et d'hygiène publique qui l'avaient inspirée. Si les affirmations de Servius ne sont pas mensongères, le prétendu code décemviral renferme une disposition empruntée à la législation du troisième siècle.

Il est vrai que Servius écrit au quatrième siècle de notre ère. Nous pouvons craindre que, malgré son souci habituel de l'exactitude de l'information, il n'ait suivi sur ce point des sources impures. Si je n'avais que sa seule garantie, j'hésiterais peut-être à me prononcer. Mais le témoignage donné par ce grammairien trouve appui dans le passage du *de legibus* qui nous renseigne sur le contenu de la dixième table. Au début du chapitre XXIII, abordant l'analyse des dispositions de la loi romaine sur les funérailles, Cicéron constate d'abord la présence dans le code décemviral de la règle : *hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito.* Puis il suppose que celui de ses interlocuteurs qui connaissait le mieux les antiquités romaines l'interrompt et lui pose l'objection suivante : Comment se fait-il, si la loi des XII Tables contient cette prohibition, que bien des hommes illustres, morts après l'époque où ont vécu les décemvirs, aient néanmoins été ensevelis dans la ville. Cicéron reconnaît l'exactitude matérielle de l'observation d'Atticus (1). Pour expliquer les faits positifs qui démontraient que la règle inscrite dans les XII Tables n'avait point été observée avant le milieu du troisième siècle, Cicéron suppose que la prescription du code décemviral a dû être écartée par une série de privilèges individuels, les uns antérieurs, les autres postérieurs à la promulgation des XII Tables,

(1) *Att.* « Quid, qui post XII in urbe sepulti sunt, clari viri? » — *Marc.* « Credo, Tite, fuisse aut eos quibus hoc ante hanc legem virtutis causa tributum est, ut Publicolae, ut Tubero, quod eorum posteri jure tenuerunt; aut eos, si qui hoc, ut C. Fabricius, virtutis causa, soluti legibus, consecuti sunt. Sed in urbe sepeliri lex vetat. »

accordés aux citoyens les plus méritants et à leur descendance. Cicéron ne paraît pas d'ailleurs s'illusionner beaucoup sur la valeur de sa conjecture. Après l'avoir lancée sans insister, il a soin de se retrancher derrière le texte de la loi : *Sed in urbe sepeliri lex vetat.* Il est impossible de trouver une solution satisfaisante au problème soulevé dans le *de legibus* tant qu'on conserve la croyance que les XII Tables sont l'œuvre de législateurs de 451 et 450.

Passons maintenant à la réglementation des cérémonies funéraires et des manifestations du deuil. Le véritable caractère de ces dispositions ressort clairement des premières phrases du chapitre XXV, où Cicéron oppose la simplicité des anciens tombeaux à la somptuosité des sépultures modernes. Nous sommes en présence de mesures destinées à réprimer le luxe des funérailles qui pourtant ne s'est développé que tardivement. Toutes ces prescriptions s'inspirent du même esprit que les nombreuses lois somptuaires énumérées par Macrobe (1) et par Aulu-Gelle (2) ; elles se rattachent au mouvement de résistance contre l'invasion du luxe étranger qui acquiert, pour la première fois, quelque précision avec la loi Oppia, le sénatus-consulte de 215 (3), se poursuit pendant tout le second siècle avec les lois Orchia, Fannia, Furia, Voconia (4), et reprend une recrudescence au début du premier siècle (5). Des dispositions, sans doute fort semblables, ont été édictées dans les lois somptuaires de Sulla (6). Les pratiques visées et inutilement prohibées dans la dixième table sont en pleine floraison dans le dernier siècle de la république. Elles sont décrites dans les ouvrages des contemporains de César et d'Auguste et dans les monuments archéologiques des temps du principat. Chacun des traits de la réglementation attribuée aux décem-

(1) *Saturnales*, II, chap. 13.

(2) *Nuits attiques*, II, chap. 24.

(3) Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités*. V, p. 1156. On signale aussi parfois, comme un symptôme du même mouvement, une loi contemporaine, la loi *Metilia de fullonibus*.

(4) Houwing, *De romanis legibus sumptuariis*. Lugd. Bat., 1883.

(5) Voigt dans les *Berichte d. hön. Sächs. Gesellschaft der Wissens.*, 1890, XLII, p. 244 et suiv.

(6) Plutarque, *Sulla*, 35, 3. Cf. Daremberg et Saglio, *l. c.*, p. 1409; — Schoell, p. 48-49.

virs trouve là son commentaire naturel (1). Cette réglementation nous apparaît comme un effort tenté par la jurisprudence pour s'opposer à une propagation à Rome du luxe funéraire hellénique qui, à la fin de la république, devient un fait accompli (2). Elle se rattache à un mouvement dont les causes ne sont nées qu'à la suite des grandes extensions territoriales, au moment où la civilisation grecque a réalisé la conquête de Rome (3).

(1) On s'en convaincra aisément en parcourant, par exemple, le très savant article consacré dans Daremberg et Saglio, II, 2, p. 1386-1400, par M. Cuq à la description des rites funéraires romains. On retrouve, à la fin de la république et au début de l'empire, l'usage des bûchers décorés (Cuq, p. 1394) de la *servilis unctura* (p. 1387), des couronnes (p. 1388), des *acerrae* (p. 1389), les manifestations bruyantes des pleureuses et des joueurs de flûte (p. 1391), les dépôts de bijoux d'or dans les tombes (p. 1394), les aspersions coûteuses (p. 1395), le défilé des ancêtres dans le convoi funèbre sur des lits de parade que, d'après Cicéron, les décemvirs ont interdit (p. 1399).

(2) Il est difficile de déterminer dans quelle mesure l'adoption des modes funéraires grecques a été facilitée par une certaine conformité avec les anciens usages romains, ou préparée par les infiltrations de civilisation hellénique qui se sont opérées à Rome dès les temps patriarcaux, notamment par l'intermédiaire de l'Etrurie. Les scènes funéraires décrites sur les sarcophages étrusques présentent de nombreuses ressemblances avec les rites grecs que nous retrouvons à Rome vers la fin de la république (Paul Monceaux dans Daremberg et Saglio, II, 2, p. 1382-1384). Mais on sait qu'il est le plus souvent impossible de reconnaître si les scènes tracées par les artistes sont empruntées aux mœurs étrusques, ou ne reproduisent pas simplement les tableaux représentés dans les modèles grecs. Martha, *L'art étrusque*. Paris, 1889, p. 362-366; — Pottier, *Statuettes de terre cuite dans l'antiquité*, p. 207-209; — Courbaud, *Le bas-relief romain à représentations historiques* dans *Bibliothèque des Ecoles françaises d'Athènes et de Rome*, 1899, fasc. 81, p. 19 et suiv. En tous cas, il n'est pas douteux que les usages auxquels la dixième table fait allusion n'aient une origine grecque.

(3) Le bouleversement économique produit à Rome par la réception de la culture grecque a dû exercer un contre-coup assez profond sur la marche du droit; il est impossible qu'il n'ait pas modifié la physionomie de bien des institutions du vieux *jus civile*. M. Audibert, *Essai sur l'histoire de l'interdiction et de la curatelle des prodigues* (Extrait de la *Nouvelle revue historique du droit*, 1890), p. 66, émet l'idée, — mais en la présentant toutefois comme une simple conjecture, — que l'introduction du second des systèmes d'interdiction du prodigue distingués par lui, la curatelle dative, pourrait bien se rattacher, elle aussi, au même mouvement de réaction contre la propagation du luxe étranger que l'ensemble des lois somptuaires. Il signale, tant dans cet article que dans son beau livre, *Folie et prodigalité*, p. 191 et suiv., de fort intéressantes similitudes entre la législation romaine et la législation athénienne en ce qui concerne les mesures de défense établies au profit de la famille contre les dissipations de son chef. En présence de la date relativement récente à laquelle les XII Tables ont reçu leur forme définitive, on peut même se deman-

Il est peu de pages dans l'historiographie officielle où la manie de l'anticipation, si bien mise en lumière par Pais, s'atteste plus nettement qu'ici. Si nous en croyons la tradition classique, un courant très intense de législation antisomptuaire se serait dégagé au milieu du cinquième siècle, à une époque où, d'après cette même tradition, les mœurs des Romains auraient été d'une extrême frugalité, puis ce courant disparaîtrait pendant plus de deux siècles pour se reformer au moment où, pour la première fois, il trouve une raison d'être, quand la société romaine commence à s'helléniser. L'origine de ces incohérences de l'historiographie classique devient très apparente quand on consent à rechercher, au travers de la littérature latine, les premières allusions aux XII Tables et quand on constate, comme je l'ai fait, qu'elles ne sont point antérieures au deuxième siècle. Le mouvement de réaction contre le luxe d'importation hellénique était en pleine activité à l'époque où paraît avoir été rédigé l'antique coutumier romain. On comprend aisément que le compilateur ait emprunté au modèle athénien une réglementation des funérailles qui était en parfaite harmonie avec les idées directrices de la législation de son temps et qui se proposait comme but de combattre les usages dispendieux dont la réception de la culture grecque avait implanté la mode à Rome. Les *decemviri legibus scribundis* endossant la paternité de l'œuvre de Sextus Aelius Paetus, la réaction antisomptuaire du début du second siècle fut, du même coup, reportée au milieu du cinquième siècle. La méprise initiale, provoquée par la méthode qu'avait suivie le rédacteur des XII Tables, a eu pour conséquence fatale la formation, dans l'histoire officielle de la législation romaine, d'une série d'anticipations et de duplications.

Mes guides préférés, l'histoire comparative et la psychologie des peuples, ne m'ont donc point induit en erreur. Celles des conceptions exprimées dans le prétendu code décemviral, dont ils dénoncent l'allure de modernité, sont réellement d'origine

der si l'exemple de la jurisprudence attique n'aurait point, comme le suppose Schulin, *Lehrbuch*, p. 198, influencé la théorie romaine de la curatelle du prodigue dès ses premières origines. Je signale la question au passage. Je ne puis songer à en aborder ici l'examen. Des problèmes analogues surgissent d'ailleurs dans d'autres chapitres du droit civil.

récente, et leur naissance se place au plus tôt dans le cours du troisième siècle.

Si nous sentons, sans avoir besoin de réfléchir longuement, que le principe de l'exécution sur les membres du débiteur et l'organisation, soit d'un régime des associations, soit de mesures répressives contre le luxe, n'ont pu figurer que successivement, et non point simultanément, dans la législation romaine, c'est que ces institutions sont les unes beaucoup plus archaïques, les autres beaucoup plus modernes que le fond principal des XII Tables. Mais ce fond principal n'est probablement pas lui-même homogène. Renonçons donc à caresser l'illusion que toutes ces règles soient nécessairement contemporaines les unes des autres. Leur insertion dans les XII Tables ne nous fournit pas la détermination des rapports chronologiques qui les rattachent aux dispositions que l'historiographie officielle attribue soit aux *leges regiae*, soit aux lois républicaines postérieures, dont les plus anciennes pourraient bien, — M. Pais nous a donné de graves raisons de le craindre, — être entachées du même vice d'inauthenticité que le code décemviral. Nous chercherions vainement à assigner une place fixe dans le temps à ces survivances de la préhistoire juridique romaine. Les classer et les dater les unes par rapport aux autres, d'après leurs caractères intrinsèques, retrouver les couches successives d'institutions entre lesquelles elles se répartissent, telle est la seule tâche que nous puissions utilement entreprendre.

V. — La première des deux propositions de la tradition romaine que j'ai résumées au début de ce travail, — homogénéité des XII Tables, — ne résiste pas au contrôle de l'histoire comparative. Elle est loin pourtant d'atteindre le même degré d'invraisemblance que la seconde. Le *jus civile*, nous disent les classiques, a été codifié, dans son ensemble, par des magistrats profanes, au milieu du cinquième siècle avant Jésus-Christ. Voilà une affirmation que je ne puis hésiter un instant à déclarer mensongère; car le phénomène dont elle prétend révéler l'existence est psychologiquement impossible. Elle méconnait les lois les plus élémentaires de la psychologie des peuples. Je touche ici au point central de ma démonstration critique, aux raisons profondes qui ont déterminé ma

conviction. Il m'est malheureusement impossible de développer cette partie principale de mon argumentation dans les limites restreintes d'un bref article. Le lecteur pourra en trouver l'exposé accompagné de l'appareil de preuves assez complexe qu'il nécessite, dans le premier des deux volumes d'introduction de mes *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé* qui paraîtra d'ici quelques jours. Je me contente de résumer en quelques lignes des conclusions dont la justification sera fournie ailleurs.

Les XII Tables figurent dans la catégorie de documents désignée sous le nom de *Codes primitifs* ; monuments juridiques que l'on rencontre dans les civilisations les mieux connues, se plaçant au seuil de l'histoire ou émergeant du crépuscule des temps légendaires. Nous arrivons assez souvent à pénétrer les origines de ces prétendus codes primitifs, soit parce que le milieu de culture dont ils sont issus s'ouvre — comme celui qui a vu naître le *Qôran* et les recueils de *hadîth* musulmans — aux investigations de l'histoire, soit parce que ces documents ont conservé l'empreinte de leurs propres procédés de confection, parce que les éléments qui sont venus s'y fondre demeurent reconnaissables — comme dans les *dharma-sûtras* et les *dharma-çâstras* hindous, œuvres lentement édifiées d'écoles religieuses — comme dans la *Thora* hébraïque où la critique moderne discerne une série de coutumiers s'échelonnant sur près de quatre siècles, et dont aucun n'est homogène. Invariablement nous constatons que ces recueils n'ont que l'apparence de l'unité, qu'ils sont le résultat d'une très lente agrégation d'adages juridiques nés du fonctionnement soit de la jurisprudence des prophètes, des prêtres et des devins, soit d'une jurisprudence, déjà laïcisée, mais imitant encore les procédés de la jurisprudence sacerdotale. Tel est le caractère, non seulement des livres sacrés de l'Orient, mais aussi — je ne cite que quelques exemples — des vieilles lois irlandaises, galloises, scandinaves, des anciens monuments du droit germanique, de ceux, du moins, qui ont échappé à l'influence de la sciencé romaine et se réfèrent au droit de race, et non au droit royal. Telle est aussi certainement l'origine des législations de cités ou de colonies grecques que la foi populaire plaçait sous l'autorité d'un dieu, d'un héros ou d'un sage in-

spiré par Zeus ou Athénée, des codes de Minos, de Zaleucos, de Charondas, de Dioclès, de la constitution de Lycurgue, des lois de Dracon ou de Solon. L'œuvre attribuée dans chaque ville grecque à un Aisymnète était, en réalité, due à l'effort collectif d'une longue série d'experts en droit; ici, de quelque collège de prêtres ou d'exégètes; là, de magistrats ayant déjà dépouillé leur ancien rôle religieux, mais encore investis de l'aptitude à la découverte du droit, comme les thesmothètes athéniens. Les prétendus codes primitifs ne sont que des compilations de *Weisthümer*. Je cherche vainement une exception en dehors de celle dont les romanistes affirment l'existence.

La psychologie collective fournit l'explication de la règle enregistrée par l'histoire comparative. Elle nous fait connaître les causes intimes, sous l'action desquelles les œuvres composites, que nous décorons du nom de codes, prennent, en se reflétant aux travers des traditions nationales, l'apparence mensongère de l'homogénéité. Ces causes psychologiques se rattachent à la notion primitive de la loi. Partout la cristallisation des sentiments juridiques en normes de droit s'est opérée sous la direction et par l'activité de prudents religieux. Longtemps le droit a été considéré comme l'œuvre de puissances surnaturelles, et non point de la collectivité humaine. Le *fas* a précédé le *jus*. Dans toutes les civilisations anciennes, on observe, pourvu que l'on remonte assez loin dans leur passé, la croyance — à laquelle les peuples orientaux sont demeurés plus longtemps fidèles, mais qui ne leur est pas propre — à l'existence d'une loi nationale contenant à l'avance la solution de toutes les difficultés que peut soulever le jeu de la vie juridique, et qui n'est autre chose que l'ensemble des volontés de la divinité, protectrice du groupe social, en ce qui concerne le gouvernement des affaires humaines. Par sa nature même, cette loi est inaccessible à la foule. Elle ne peut être pénétrée que par les personnages qui sont en communication avec la divinité. Elle est révélée au public, fragment par fragment, d'abord par les oracles judiciaires, plus tard par les réponses des experts. Les consultations données par les prudents — basileus, exégète ou thesmothète grecs, *file* irlandais, sages indous, *nabis*, *lévis*, et docteurs de la loi hébraïque, *fouqâhâ* musulmans, *logman* scandinave, *asega* frison — ne

créent pas le droit, mais le font seulement connaître. Peu importe que les règles de la jurisprudence nationale ne soient pas entrées simultanément en vigueur, que les dates de mise en application de quelques-unes d'entre elles soient même distantes de plusieurs siècles ; elles n'en figurent pas moins dans le code édicté par le dieu fondateur de la cité (1). Les anciens recueils de jurisprudence sont naturellement devenus la représentation tangible de ces codes divins. Mais le concept religieux de la législation s'est développé bien avant l'apparition des premiers recueils de *Weisthümer*. Il y avait déjà une loi salique avant le *Pactus legis salicae*, une loi juive avant le *Pentateuque*, des lois irlandaises avant le *Senchus mór* et le *Livre d'Aicill*, des lois galloises avant les prétendus codes d'Howel le Bon.

La croyance à l'existence d'une législation homogène remontant aux origines de la nation, mais qui n'est écrite nulle part et dont les initiés seuls peuvent deviner le contenu, survit même, — parfois indéfiniment, — à la laïcisation du droit. Nous en suivons les traces jusqu'à nos jours au travers de la théorie anglaise de la *common law*. Aujourd'hui les écrivains anglais, ou, tout au moins, ceux dont la vue s'élève au delà des limites bornées de la législation nationale, reconnaissent volontiers que la *common law* a été en grande partie édifiée par le travail des magistrats, et que la plupart de ses règles sont d'origine jurisprudentielle (2). Mais il n'en a pas toujours été ainsi. Au dix-huitième siècle, Blackstone définissait encore la *common law* : « une coutume générale et immémoriale déclarée telle de temps à autre par les décisions des cours de

(1) C'est ainsi que les *Sourates* du *Qorân*, tout en se répartissant sur les diverses périodes de la carrière prophétique de Mohammed, forment cependant un tout homogène. Le *Qorân* est un livre qu'Allah a remis feuillet par feuillet à son prophète. Ailleurs, la révélation n'est faite qu'article par article et par l'intermédiaire de nombreuses générations de prêtres ou de voyants.

(2) Bentham, *Works*, IV, p. 460; V, p. 13 ; — Austin, *Lectures*, II, p. 655; — John W. Salmond, *The theory of judicials precedents*, dans *Law quarterly Review*, XVI, 1900, p. 376-391; — Greer, *Custom in the common law*, même revue, IX, p. 153 et suiv.; — Markby, *Elements of law* (5), Oxford, 1896, p. 57-65; — Pollock, *First book of Jurisprudence*, p. 299 et suiv., et le chapitre IX de ses *Essays in Jurisprudence and Ethics*, p. 237-261. — Pour la *common law* américaine, John Dillon, *The law and Jurisprudence of England and America*, Boston, 1894, p. 173 et suiv.; p. 229 et suiv.; — Gray, *Judicial precedents*, dans *Harward law Review*, IX, p. 27 et suiv.

justice. » Les sentences judiciaires, d'après Blackstone, même quand elles tranchent des problèmes entièrement nouveaux, n'établissent pas la loi : elles la disent ; elles la reconnaissent. La solution qui, pour la première fois, a été déclarée légale au dix-septième ou au dix-huitième siècle, est cependant considérée comme ayant été consacrée de tous temps par la loi anglaise (1). Sumner-Maine résume, pour la critiquer, cette curieuse conception de la *common law* : « Les praticiens anglais, » dit-il, « s'expriment comme s'ils croyaient à cette proposition paradoxale que, depuis l'origine du droit anglais, rien n'a été ajouté à ses principes, si ce n'est par décision d'*equity* ou par *statut*. » La doctrine ancienne paraît avoir été que « quelque part, dans les nuages ou dans le sein des magistrats, il existait un corps de droit anglais complet, bien lié, bien ordonné, d'une ampleur suffisante à fournir les principes applicables à toutes les combinaisons de circonstances imaginables (2). » La notion traditionnelle de la *common law*, fidèlement exposée par Blackstone et raillée avec tant d'esprit par Sumner-Maine, n'est autre chose que le concept primitif de la loi — ou de la coutume : les deux modes d'élaboration de la norme juridique que nous distinguons aujourd'hui ne se sont dissociés que dans les périodes de divulgation et de laïcisation du droit — survivant à sa raison d'être, dépouillé de l'élément religieux qui le justifiait.

Le développement du très ancien droit romain a été dominé par les mêmes conceptions. La légende du décemvirat législatif est manifestement impuissante à expliquer, à elle seule, le rôle que les classiques font jouer à la législation dans la formation du fond primitif du droit civil. C'est ainsi qu'ils

(1) Traduction Chompré, I, p. 105 et suiv. Les mêmes idées sont encore reproduites dans les dernières éditions des *Commentaries* de Stephen, I, p. 59. Cf. Hammond, dans *Lieber's Hermeneutics*, p. 312. Pour la doctrine américaine : James Kent, *Commentaries on american law*, 14e éd. par John Gould, Boston, 1896, I, p. 473 et suiv. — Pour l'Ecosse, Rankine, dans son édition des *Principles* d'Erskine (19), p. 7 et suiv.

(2) *L'ancien droit et la coutume primitive*, trad. Courcelle-Seneuil, p. 31-33. L'opposition des deux conceptions, la conception traditionnelle et la conception récente des écrivains qui s'adonnent de préférence à l'étude de la *lex ferenda*, est fort bien mise en lumière par Holland, *Elements of Jurisprudence*, 9e éd., 1900, p. 61-62.

attribuent à la loi l'établissement du plus ancien des systèmes de procédure romain, le système des *legis actiones*. Gaius (1) déclare : 1° que ces procédures ont toutes été établies par des dispositions formelles de la loi, — *legibus proditae erant;* — 2° que les paroles solennelles qui, au cours de chacune d'elles, doivent être prononcées par les parties, sont calquées sur les termes mêmes de la loi — *ipsarum legum verbis accommodatae erant*. La tradition accueillie par Gaius et qui fait dériver de la loi les modes primitifs d'action est incontestablement très ancienne ; la dénomination *legis actiones* le montre assez. Il est impossible d'appliquer aux XII Tables ce que la tradition dit des lois en général. Ce ne sont pas les XII Tables qui ont créé les *legis actiones ;* car les romanistes s'accordent à reconnaître que, parmi ces procédures, il en est, comme le *sacramentum* ou la *manus injectio*, dont l'usage remonte bien au delà de la promulgation du prétendu code décemviral (2). Les XII Tables n'ont même pas codifié le rituel préexistant des *legis actiones*. L'historiographie officielle affirme, en effet, que les décemvirs n'ont légiféré que sur le fond du droit, qu'après eux les formulaires d'action ont continué à être tenus secrets, qu'ils n'ont été divulgués qu'un siècle et demi plus tard par Gn Flavius (3). Ce ne sont pas enfin les termes du code décemviral qui ont pu être reproduits dans le rituel de celles des *legis actiones* dont l'usage est universellement considéré comme remontant au delà du cinquième siècle. D'ailleurs n'est-il point évident que ces procédures, dont les mieux connues, le *sacramentum*, la *pignoris capio*, la *manus injectio* nous apparaissent comme le résultat d'une très lente régularisation des procédés primitifs d'arbitrage ou des anciens modes d'exercice de la justice privée, n'ont point été une création artificielle de la législation, au sens moderne et profane du mot? La loi romaine des temps patriarcaux, celle qui a produit les *legis ac-*

(1) Commentaire IV, § 11.

(2) Girard, *Organisation judiciaire*, I, p. 39 et suiv. ; — *Manuel* (2), p. 947.

(3) La disposition des XII Tables sur le *sacramentum*, dont parle Gaius, IV, § 14, ne vise qu'un détail des opérations préliminaires de cette procédure, la consignation des enjeux. Le passage du pseudo-code décemviral, analysé par Aulu-Gelle, XX, 1, 42-52, réglemente les effets et non le rituel de la *manus injectio*.

tiones, n'a aucun lien de parenté avec nos lois d'aujourd'hui. Elle ressemble à la *Thora* juive, au *fiqh* musulman, aux lois de race germaniques, et, dans une mesure déjà plus affaiblie, à la *common law* anglaise (1). Le document qui en est devenu, en

(1) Le véritable sens de l'expression *lege agere* me semble très bien défini par Mommsen, *Droit public*, trad. Girard, VI, 1, p. 353 : « Tout acte accompli conformément aux règles en vigueur est accompli *lege*; celui qui intente une action civile, comme le licteur qui exécute un jugement du magistrat, *lege agit*... La *lex publica* est la règle de la cité romaine. » La loi romaine visée par l'expression *lege agere* paraît être le correspondant assez exact de la *common law* anglaise qui, selon la très juste observation de sir Frederic Pollock, *First book of Jurisprudence*, p. 263 et suiv., s'est appelée, dans les temps anciens, *leges et consuetudines regni*, et où l'élément coutumier a tenu une beaucoup plus large place que l'élément législatif. On retrouve dans des milieux, vivant exclusivement sous l'empire de la coutume, et notamment, pendant le haut moyen âge, dans la France du nord et de l'ouest, dans les Flandres, en Angleterre, en Allemagne, le même formalisme que dans la plus ancienne procédure romaine, la même subordination de la régularité de l'engagement et de la poursuite de l'instance à la prononciation par les parties de formules stéréotypées qui doivent être reproduites sans le moindre changement. On relève à chaque instant, dans les sources médiévales, des anecdotes semblables à celle que Gaius rapporte, IV, 11, à propos d'une *legis actio* spéciale, l'action de *arboribus succisis*, qu'un plaideur perdit pour avoir eu l'imprudence de substituer le mot *vites* au terme plus général *arbores* (Cf. Brunner, *Forschungen zur Gesch. des deuts. und französ. Rechtes*, p. 272 et suiv., p. 306 et suiv., et la traduction française de cette étude dans *Revue critique de législation et jurisprudence* de Wolowski, années 1871 et 1872; — Siegel, dans *Sitzungsberichte der Wiener Akademie*, 51, 1866, p. 120 et suiv.). Des pratiques analogues ont été suivies dans la vieille coutume franque (Sohm, *Procédure de la loi Salique* (tr. Thevenin), p. 169-171; — Schröder, *Lehrbuch* (3), p. 82), dans tous les droits de race germaniques ou scandinaves (Amira, *Grundriss der germanischen Rechts* (2), p. 162; — *Nordgermanisches Obligationenrecht*, II, p. 385, p. 596 et suiv.). Il existe, comme le font très judicieusement remarquer MM. Pollock et Maitland, *History of english law*, II (1re édit.), p. 556 et suiv., ch. IX, § 1, un parallélisme particulièrement frappant entre l'histoire de l'ancienne procédure anglaise et l'histoire de la procédure romaine. Entre le milieu du douzième siècle et le dernier tiers du treizième, un lent travail de la jurisprudence royale a substitué un régime de procédure formulaire, le système des brefs ou des *writs*, à un régime antérieur de *legis actiones*. Le formalisme oral a fait place au formalisme écrit; les formules invariables et rigides prononcées autrefois par les parties ont été remplacées par des formules, non moins arrêtées, mais écrites et délivrées par la chancellerie. C'est à l'époque où le rôle du pouvoir législatif était le plus effacé, qu'un régime similaire aux *legis actiones* a été pratiqué en Angleterre, et la disparition de ce type de procédure a coïncidé avec les premiers progrès du *statut*, c'est-à-dire de la législation. Les productions de la coutume générale anglaise, — comme celles, d'ailleurs, de la coutume musulmane, hébraïque, hindoue, etc., — ressemblent, par bien des traits, aux productions du *jus civile* romain. On y trouve les mêmes fictions, les mêmes actes simulés, les mêmes constructions subtiles,

quelque sorte, l'expression officielle, ne diffère pas, dans sa nature, des autres codes primitifs.

Je n'en veux que deux preuves : 1° le caractère religieux du très ancien droit romain qui, certainement, était encore très accusé à l'époque où la légende place la rédaction du code décemviral ; 2° le monopole juridique si longtemps accordé aux prudents religieux, aux pontifes, aux conservateurs du culte, aux magistrats qui avaient compétence pour découvrir les volontés divines ; monopole qui s'est perpétué jusque dans les temps historiques. Il est incontestable que, au milieu du cinquième siècle et longtemps encore après, les Romains demeuraient fidèles à la croyance, commune à tous les peuples enfants, à l'origine divine des institutions juridiques, qu'ils considéraient le droit comme une matière de révélation, ne pouvant être connue que par les dépositaires officiels de la pensée des dieux, échappant à la discussion humaine. L'action prépondérante que les pontifes exercent sur l'élaboration du droit à la veille de la réception de la culture grecque me fournirait à elle seule un motif péremptoire de m'inscrire en faux contre une tradition qui suppose la coexistence dans le temps de deux conceptions absolument contradictoires du droit, la conception théocratique et la conception dont s'inspirent les législateurs modernes. On commet le plus étrange des anachronismes en supposant que l'idée de la codification ou même de la rédaction officielle des coutumes a pu germer dans un

tendant à détourner les rouages légaux de leur emploi naturel pour les adapter à un but nouveau. Les mêmes apparences qui donnent à l'observateur distrait ou peu défiant l'impression que tout le développement du droit civil romain a été dominé par un code primitif pourraient aussi nous faire croire que la *common law* anglaise dérive d'une grande codification entreprise au lendemain de la conquête normande et fécondée depuis par l'interprétation. Mais tandis que l'étude des chartes, des cartulaires, des vieux recueils de *reports* révèle immédiatement à l'historien du droit anglais le phénomène de mirage dont il est victime, l'absence de documents historiques empêche que l'historien du droit romain, s'il se cantonne dans le domaine étroit de la littérature latine, ne s'aperçoive de sa méprise. L'erreur commise par les classiques et, à leur suite, par les romanistes modernes est née d'une confusion depuis longtemps dénoncée par Sumner-Maine : l'identification de la coutume et du droit non écrit d'une part, de la législation et du droit écrit d'autre part. La coutume, elle aussi, a sa lettre, non moins impérieuse, non moins tyrannique que la lettre de la loi, formulée dans les sentences des tribunaux et les réponses des experts, gravée dans la mémoire des records, des témoins judiciaires.

milieu où le droit demeurait rattaché à la religion par des liens nombreux et serrés. La codification du droit se fût heurtée aux mêmes obstacles infranchissables dans la Rome du cinquième siècle que dans la société juive ou dans l'empire des khalifes. Elle aurait constitué, aux yeux des hommes de l'époque, un acte de révolte contre les dieux, un impardonnable sacrilège. La légende du décemvirat législatif attribue aux ancêtres des temps héroïques les manières de penser du patricien lettré du second siècle, affranchi par la philosophie grecque des superstitions anciennes.

La rédaction des XII Tables, d'après l'historiographie classique, marquerait le passage de la phase d'ésotérisme à la phase de divulgation de la jurisprudence. Au régime du droit canonique, elle aurait brusquement substitué le régime du droit laïque. Le *fas* aurait tout d'un coup été remplacé par le *jus* en tant que règle des rapports civils. La nature ne procède pas ainsi par sauts brusques. Nous reconnaissons ici la gaucherie habituelle des traditions nationales qui aiment à donner une date fixe à des phénomènes dont le déroulement a demandé de longs siècles. Partout ailleurs la législation profane a lentement grandi à l'ombre de la coutume religieuse. Elle s'est d'abord contentée de tourner, de paralyser par des moyens indirects les règles vieillies de la loi donnée à la race par les divinités ; elle n'a que très tardivement émis la prétention de corriger le droit existant. L'état de choses que l'exaltation du sentiment religieux a indéfiniment maintenu dans quelques systèmes juridiques, — chez les Juifs où le droit des ordonnances n'a jamais eu qu'une autorité supplétoire et passagère à côté de la loi de Moïse, chez les Musulmans où les *quanoûns* n'ont jamais pu modifier le *fiqh*, — se retrouve à l'origine de celles des civilisations qui se sont le plus vite affranchies du joug théocratique, par exemple chez les Germains où le droit royal a longtemps occupé la même situation inférieure et provisoire par rapport au droit de race. Qu'il en ait été de même dans la société romaine avant la période des grandes conquêtes, maints indices le prouvent. Je n'en signale qu'un, celui qui me frappe le plus. C'est le caractère de *leges imperfectae* ou de *leges minus quam perfectae* que présentent les plus importantes et les mieux connues d'entre les lois antérieures au

premier siècle avant notre ère (1). Les unes et les autres, défendant aux citoyens d'accomplir des opérations juridiques, déclarées valables ou tolérées par la coutume ancienne, reconnaissent pourtant la validité de ces opérations pour le cas où elles auraient été réalisées malgré la prohibition récemment portée. Les premières sont démunies de sanction (2). Les secondes sont exclusivement garanties, comme les dispositions du droit royal dans les tribus germaniques, par une amende édictée contre le contrevenant ou par d'autres moyens tout aussi indirects (3). Ces timidités et ces hésitations seraient incompréhensibles chez le législateur des troisième et deuxième siècles si, dès 450, le peuple romain avait revendiqué le droit de vérifier et de critiquer le bien-fondé et la valeur de ses coutumes religieuses, la faculté de les corriger ou de les perfectionner à sa guise. Les *leges imperfectae* et les *leges minus quam perfectae* se rattachent à une phase de l'évolution du concept de la législation par laquelle tous les peuples sont passés dans leur jeunesse et que quelques-uns n'ont jamais pu franchir (4). Partout cette phase a précédé — et de fort loin — le stade où apparaissent les phénomènes décrits dans la légende du décemvirat législatif. L'historiographie romaine renverse le processus normal du développement mental des peuples et met la conclusion à la place du préambule.

Seules la spécialisation à outrance, qui cantonne les historiens du droit chacun dans un compartiment étroit de leur science, et la lenteur avec laquelle s'édifient les disciplines dont le secours serait nécessaire à l'historien pour comprendre le sens intime des faits qu'il enregistre, la science des religions,

(1) Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, p. 427 et suiv.; — Krueger, *Geschichte der Quellen*, p. 19; — Cuq, *Institutions juridiques*, I, p. 462; — Girard, *Manuel* (2), p. 914.

(2) Exemple la loi Cincia, *De donationibus*.

(3) Ulpien, au début de ses *Regulae*, fait entrer ce mode de sanction, l'amende, dans la définition même de la *lex minus quam perfecta*. Un autre procédé est suivi, concurremment avec celui-là, dans la loi *Plaetoria de minoribus*. Le mineur, obligé d'exécuter l'engagement passé malgré la prohibition de la loi *Plaetoria*, a ensuite une action pour se faire indemniser du préjudice ainsi subi. Cf. Girard, *Manuel* (2), p. 223.

(4) Il est à peine besoin de rappeler, dans le même ordre d'idées, soit les méthodes de formation du droit prétorien, soit les arguments fournis par l'existence des *leges sacratae* ou par la théorie de l'*auctoritas patrum*.

la psychologie des peuples, l'histoire économique, les autres branches de la sociologie descriptive, peuvent expliquer que, malgré ce tissu d'invraisemblances, nous ayons si longtemps érigé en dogmes intangibles les traditions qui transforment le coutumier de Sextus Aelius Paetus en un code rédigé, au temps de la pleine floraison de la jurisprudence théocratique, par des législateurs sans caractère religieux.

VI. — Que conclurai-je de ces observations critiques? Qu'il faille renoncer à tirer parti des XII Tables? Non pas. Mais du moins conviendrait-il de ne les employer qu'avec plus de prudence et de discernement. Je crains bien que jusqu'ici les recherches poursuivies par les juristes dans le domaine du très ancien droit romain n'aient été irrémédiablement faussées par diverses causes d'erreur particulièrement graves.

1° L'idée erronée que nous nous sommes formés de la nature et de l'origine des XII Tables nous a entraînés à demander à ce document des renseignements qu'il ne pouvait donner, alors que nous négligions d'y puiser les indications qu'il était apte à fournir. Les romanistes du dix-neuvième siècle ont trop souvent dénaturé les textes de la compilation de S. Aelius Paetus en les traitant comme les articles d'un code unitaire. Ils ont appliqué à l'analyse de cette œuvre la méthode que les glossateurs avaient suivie dans l'étude du *Corpus juris civilis*. Comme les élèves d'Irnerius, ils ont cherché à concilier l'inconciliable. Ils ont tracé un tableau artificiel des institutions civiles du cinquième siècle en combinant toutes les règles archaïques enregistrées dans les XII Tables, sans remarquer qu'elles se rattachent, en réalité, à des phases diverses de l'évolution du droit romain.

2° Nous avons accueilli avec une confiance trop aveugle l'interprétation donnée aux maximes du pseudo code décemviral par les écrivains de l'époque classique. Et pourtant ces écrivains, — Aulu-Gelle en fait l'aveu (1), — avaient cessé de comprendre les conceptions juridiques exprimées dans les vieux brocards, rassemblées par Sextus Aelius. Tout récemment encore, M. Esmein (2) attirait notre attention sur un fait

(1) *Nuits attiques*, XX, 1, 2. Tite-Live, VIII, 11.

(2) *Nouvelle revue historique du droit* (Compte rendu de Mommsen, *Röm. Strafrecht*), 1902, p. 352.

qui montre combien le sens de ceux des antiques adages du *jus civile* qui avaient cessé de correspondre à une réalité demeurait déjà impénétrable aux hommes du temps du principat. La disposition qui, dans les reconstitutions modernes, est placée en tête de la huitième table, celle qui punit de mort l'individu *qui malum carmen incantassit*, aurait eu pour but, si l'on en croyait Cicéron (1), Horace (2) et, après eux, le jurisconsulte Paul (3), de réprimer les délits de presse. Elle aurait été dirigée contre les auteurs de vers diffamatoires (4). S'il était possible d'admettre l'exactitude du commentaire de Cicéron, le texte serait authentiquement daté. Il ne pourrait pas remonter au delà du moment où, sous l'influence grecque, sont apparus à Rome les premiers germes d'une littérature, où les abus de la satire ont provoqué des mesures de réaction analogues à celle dont Naevius paraît avoir été vic-

(1) *De republica*, IV, 10, 12; *Tuscul.*, IV, 2.

(2) *Sat.*, II, 1, 82; *Epis.*, II, 1, 152.

(3) *Sentences*, V, 4, 6.

(4) En ce sens, Girard, *Manuel* (2), p. 391. — M. Girard se rend compte aujourd'hui qu'il risquerait, en continuant à reproduire les affirmations de Cicéron, de compromettre la défense des dogmes fondamentaux de l'école de Mommsen et de fournir des armes à l'hérésie. Aussi a-t-il récemment (*Nouvelle revue historique du droit*, 1902, p. 434, note 2) répudié la doctrine jadis enseignée dans son *Manuel* pour se ranger à l'opinion d'Usener (*Italische Volksjustiz* dans *Rh. Museum*, LVI, 1901, p. 3 et suiv.), d'après laquelle le délit visé dans la disposition des XII Tables aurait consisté à ameuter le peuple contre un particulier en faisant du scandale devant sa porte. Le présent article était déjà envoyé à l'impression quand j'ai reçu le vigoureux et spirituel réquisitoire que M. Girard a dressé dans la *Nouvelle revue historique* (1902, p. 381-436) contre mon étude sur l'authenticité des XII Tables et les *Annales maximi*. Je ne puis pas glisser ici en note une réplique qui demande de longs développements. J'entends profiter pleinement de l'inestimable service que M. Girard nous a rendu en énumérant toutes les raisons de croire à l'authenticité des XII Tables, en substituant ainsi à une divination un appareil de preuves, ce qui est infiniment plus facile à discuter. L'éminent romaniste a singulièrement élargi le champ du débat, en invoquant, pour fortifier le dogme de l'unité originaire et de la nature législative des XII Tables, d'autres postulats de l'école critique allemande plus fragiles encore, plus nettement conventionnels. Il m'a par là convié à reprendre en même temps que l'étude de la question des XII Tables, l'analyse critique des méthodes, fort artificielles, que les disciples de Mommsen emploient pour la reconstitution des institutions romaines antérieures à la réception de la culture grecque. Je ne veux point décliner cette invitation, et je répondrai ailleurs, point par point, à chacune des objections de M. Girard. Je regrette aussi de n'avoir pu utiliser les idées toujours ingénieuses, souvent séduisantes, exposées par M. Gaston May, dans la

time (1). Aussi M. Esmein s'empresse-t-il d'écarter l'interprétation de Cicéron sous le seul prétexte qu'elle serait de nature « à donner raison aux esprits aventureux et peu critiques qui veulent rajeunir considérablement les fragments des XII Tables » et se range-t-il à l'opinion, déjà formulée par nombre d'auteurs, et dont l'exactitude me semble très difficilement contestable en présence des indications fournies notamment par Pline (2), d'après laquelle les mots *qui malum carmen incantassit* viseraient les incantations magiques destinées à attirer le sort sur la personne ou la fortune d'autrui (3). Je suis surpris

dernière livraison de la *Revue des études anciennes*, IV, 1902, p. 201-212. M. Gaston May, qui prend une position intermédiaire entre le franc scepticisme de Pais et l'attitude d'intransigeance conservatrice de M. Girard, et qui, soucieux uniquement de la vérité, cherche à échapper aux préventions et aux partis pris d'école, propose une solution conciliatrice dont l'adoption paralyserait une partie, mais non pas la totalité de mes arguments. Il estime que le noyau primitif des XII Tables est réellement formé par les dispositions d'un code promulgué en 451-450 par les décemvirs; mais il reconnaît que le texte n'en est parvenu jusqu'au premier commentateur, S. Aelius Paetus, que déjà très diminué, réduit à n'être plus qu'un sommaire, et qu'entre le temps des décemvirs et celui de Sextus Aelius, il s'est successivement accru par l'incorporation de règles datant d'époques différentes, dues à l'*interpretatio* et aux *mores majorum*. Je suis heureux de constater que nous aboutissons, M. May et moi, quoique sans entente préalable, aux mêmes conclusions sur la question particulière de l'influence du droit grec dans les XII Tables. Mais, si nous nous accordons à reconnaître l'importance des emprunts faits à la civilisation hellénique, nous n'interprétons pas de la même manière ce phénomène très apparent; nous lui assignons des causes fort différentes. Il m'a enfin été impossible de tenir compte des objections développées par M. Michel Bréal dans une communication à l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres en septembre 1902. Je ne les entrevois encore que confusément au travers de comptes rendus à qui leur brièveté ne permet guère de refléter fidèlement la pensée de M. Bréal. Les observations critiques contenues dans ces divers travaux méritent un examen attentif. Je ne crois pas, en revanche, que M. Esmein ait réussi à introduire un élément nouveau dans le débat. Il s'est hâté de rédiger, dès le lendemain de la publication de mon premier article, dans le plus prochain numéro de sa *Revue*, un jugement sommaire de condamnation contre les doctrines hérétiques de Pais et les miennes, en laissant à M. Girard le soin de dresser plus tard, à loisir, un exposé des motifs. Sa sentence formulée en termes d'une concision lapidaire, ne comporte pas plus la discussion qu'un oracle de la Sibylle antique ou une réponse du collège des Pontifes.

(1) Schanz, *Römische Litteraturgeschichte* (2), I, p. 39; — Aulu-Gelle, III, 3, 15.

(2) Cf. les textes cités par Hubert, article *Magie* dans Daremberg et Saglio, V, p. 1500, et Heim. *Incantamenta magica graeca-latina* dans *Jahrbücher für classische Philologie*. Supplément XIX, 1893, p. 467.

(3) Cuq, *Institutions juridiques*, I, p. 135; — Pernice, *Parerga* dans *Zeits.*

qu'après avoir constaté que les contemporains de César et d'Auguste commettent d'aussi grossières méprises, on ose encore accepter comme témoignages irrécusables les commentaires donnés par les classiques aux autres chapitres du prétendu code décemviral.

3° Nous aurions même tort de croire que tous les adages groupés dans les XII Tables nous soient parvenus dans leur teneur primitive et qu'il suffise d'en interpréter fidèlement la lettre pour en découvrir le sens originaire. Il semble bien, en effet, que, jusqu'au temps de Sextus Aelius Paetus, le souvenir ne s'en soit perpétué que par la tradition orale et qu'ils aient subi l'influence de toutes les variations de la langue latine. Il est permis, dès lors, de se demander si le rajeunissement du langage n'a pas été quelquefois accompagné d'un rajeunissement de la pensée et si, en circulant de génération en génération, plus d'un brocard n'a pas vu son esprit se moderniser en même temps que sa lettre. Il est à craindre que les variations de sens et d'interprétation, que nous constatons en confrontant les manuscrits types de la loi Salique, ne se soient produites avec plus de facilités encore pour des proverbes juridiques abandonnés à la transmission de bouche en bouche. La comparaison des deux principales versions de la règle *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto* montre assez que ces craintes ne sont pas chimériques. Le vieux dicton, fidèlement reproduit par Caton, est à peine reconnaissable au travers de la variante suivie par Sextus Aelius.

Gardons-nous de nous méprendre sur la véritable nature des documents rassemblés dans la compilation des XII Tables. Ce sont des adages qui, pour la plupart, ont pris naissance dans les temps légendaires, et reflètent des conceptions fort archaïques, mais dont la forme ne s'est immobilisée qu'au début du deuxième siècle. Pour les siècles antérieurs à celui où a vécu Sextus Aelius, ils ne constituent, pas plus que les textes des *leges regiae*, des témoignages directs. Il serait téméraire de leur prêter le même degré de précision et d'authenticité qu'aux monuments historiques proprement dits. Dans

der Sav.-Stiftung R. A., XVII, 1896, p. 220-222; — Huvelin, *Tablettes magiques*, p. 14, 24-25; — Hubert, *l. c.*

une saine classification des sources de la connaissance historique, ils doivent être rangés, au même titre que les autres proverbes juridiques de physionomie archaïque que mentionnent les écrivains littéraires et les textes du Digeste; — à côté des règles qui, dans la jurisprudence classique, ne répondent plus à aucune nécessité économique, religieuse, politique ou sociale, et ne s'y maintiennent que par la force des habitudes acquises ; à côté des cérémoniaux, visiblement surannés, que l'on continue à accomplir machinalement, ou dont, tout au moins, la mémoire se conserve encore au début de l'époque historique, — parmi les matériaux de la préhistoire juridique.

C'est en vain que nous nous efforçons de fermer notre esprit à la perception de cette vérité éclatante : les périodes de l'évolution du droit romain qui précèdent la réception de la culture grecque, appartiennent à la préhistoire, et non pas à l'histoire. Nous ne disposons point, pour les pénétrer, de témoignages historiques au sens rigoureux et technique du mot. Les données d'une tradition tardive prise à chaque instant en flagrant délit de mensonge ne sauraient jouer ce rôle. Nous ne pourrons espérer que les efforts tentés en vue de reconstituer les origines de la législation romaine aboutissent à des résultats présentant quelque stabilité et quelque valeur objective, que le jour ou nous nous astreindrons à ne plus consulter les classiques sur des questions qui ne sont pas de leur compétence, et à ne tenir compte que du seul témoignage des survivances, de l'inspection des innombrables vestiges du passé préhistorique étudiés ou décrits dans les monuments de la littérature latine.

Je concède volontiers qu'il y aurait injustice à accuser les romanistes de l'école dominante de méconnaître l'importance des survivances et d'en négliger l'étude. Mais, quelque patience qu'ils apportent à cette analyse, ils n'en retirent pas tout le profit qu'elle pourrait leur procurer, parce qu'un double vice de leur méthode vient paralyser leurs recherches. Le premier de ces défauts consiste dans l'attribution à des sources contaminées ou suspectes, — les affirmations de la tradition, — de la même force probante, de la même crédibilité qu'aux sources saines de la préhistoire. La proportion pour laquelle le romaniste utilise ces éléments de valeur douteuse dans son appa-

reil de preuves devient, il est vrai, chaque jour moins grande. Maintes données de la tradition ou de l'histoire sacrée ont été définitivement discréditées et démonétisées pendant le cours du dix-neuvième siècle. Mais celles qui se maintiennent dans la circulation demeurent encore beaucoup trop nombreuses. L'emploi de ces matériaux corrompus menace toujours la stabilité de l'édifice dans lequel on les fait entrer. Le témoignage des survivances perd son exactitude et sa portée quand on le combine avec le témoignage de l'historiographie pontificale. Vainement élèvera-t-on le titre, l'alliage ne tiendra jamais lieu du métal pur. Le second défaut de la méthode courante a été dénoncé avec vigueur par Bernhöft (1). Les historiens du droit romain, disciples de Niebuhr et de Mommsen, ont cru, à tort, qu'il suffisait, pour pénétrer le secret des survivances et pour corriger les données de la tradition, de s'en fier à leur vue intuitive de l'évolution préhistorique; qu'il était possible de négliger impunément les instruments objectifs de contrôle qu'offre l'histoire comparative pour se laisser aller aux suggestions, souvent trompeuses, de leur imagination. Le reproche de Bernhöft est trop bien fondé. Sans doute, on rencontre parfois, surtout depuis quelques années, dans les écrits de l'école régnante, quelques références à d'autres législations antiques. Mais elles n'y figurent qu'à titre de parure et d'illustration et n'y servent pas, sauf de trop rares exceptions, à épurer et rectifier les sources naturelles de la préhistoire.

Et pourtant seule l'histoire comparative peut nous permettre d'observer à l'état vivant celles des productions de la vie juridique qui, dans la société romaine, sont disparues dès avant l'époque historique, par conséquent d'identifier les survivances que renferme le droit classique, de reconnaître les institutions qui leur ont donné naissance. Certes, les méthodes de la préhistoire ne sont pas l'idéal. Mon vénéré collègue M. Ch. Appleton en a signalé les imperfections dans une très pénétrante étude publiée récemment par cette revue (2). Même avec le secours de l'histoire comparative, conclut le savant romaniste,

(1) En tête du premier volume du *Jahrbuch der internat. Vereinigung für vergleich. Rechtwissenschaft und Volkwirthschaftslehre.*

(2) XXVI, 1902, p. 50-69.

la méthode des survivances ne fournira jamais que de simples indices. Ce serait en vain que vous les accumuleriez. Cent centièmes de preuves, selon le mot de Voltaire, ne font pas une preuve (1). Je le reconnais volontiers. La méthode dont je préconise l'emploi ne peut nous donner que des présomptions, et je préférerais, moi aussi, au plus épais faisceau de présomptions une preuve unique. Mais, cette preuve, où pourrais-je bien la chercher? Ce n'est pas, en tout cas, dans les affirmations de la tradition classique. Elles sont dénuées de force probante. Elles ne présentent aucune garantie d'exactitude. Des présomptions nombreuses et concordantes vaudront encore mieux que les dépositions suspectes de témoins incompétents ou ignorants. La méthode historique est incontestablement très supérieure à la méthode des survivances et à la méthode comparative, mais elle ne convient qu'à l'histoire proprement dite. Quand elle nous fait défaut, nous sommes heureux de pouvoir utiliser d'autres procédés d'enquête, inférieurs sans doute, mais précieux encore.

Ce n'est pas en combinant la méthode des survivances avec les méthodes propres à l'histoire qu'on parviendra à éliminer, dans les recherches de préhistoire, les risques d'erreur factices et évitables, ceux qui tiennent, non pas à la nature de l'objet observé, mais à l'inattention ou à la maladresse de l'observateur; c'est en substituant résolument la première de ces méthodes aux secondes et en lui assurant le concours — indispensable à son bon fonctionnement — de la méthode comparative. Cette substitution s'accomplira tôt ou tard, et l'on peut dès aujourd'hui prévoir les effets heureux qu'elle est destinée à produire. Grâce à la découverte du manuscrit de Vérone et au remarquable développement de la critique des textes du *Corpus juris*, qui a permis de retrouver la teneur authentique de tant de fragments mutilés ou interpolés des livres des grands jurisconsultes ou des plus anciennes constitutions impériales, la jurisprudence classique prend aujourd'hui une physionomie très différente de celle qu'on lui prêtait jadis sur la foi du Digeste et du Code. C'est cette reconstitution de l'évolution du système juridique romain, pendant ses périodes

(1) *L. c.*, p. 69.

de floraison, qui demeurera l'œuvre vraiment originale et féconde des romanistes du dix-neuvième siècle. Il appartient à leurs successeurs de poursuivre le même travail pour les temps antérieurs au principat, et surtout pour les premiers siècles républicains. Bien certainement les institutions du très ancien droit sont encore moins fidèlement décrites par l'historiographie officielle que les institutions du droit classique par les compilations de Justinien. Cette partie de l'histoire de la législation romaine reste à édifier. La tâche est à peine entamée. Elle ne pourra être accomplie que par des romanistes élevés à l'école de l'histoire comparative.

TOULOUSE. — IMP. A. CHAUVIN ET FILS, RUE DES SALENQUES, 28.

Albert FONTEMOING, éditeur, 4, rue Le Goff, 4, à Paris

REVUE GÉNÉRALE
DU DROIT, DE LA LÉGISLATION
ET DE
LA JURISPRUDENCE
EN FRANCE ET A L'ÉTRANGER

Dirigée par MM.

C. APPLETON
Professeur à la Faculté de droit de Lyon;

Alph. BOISTEL
Professeur à la Faculté de droit de Paris;

J. BRISSAUD
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse;

Th. DUCROCQ
Professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris, Doyen honoraire, Correspondant de l'Institut;

Jh LEFORT
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Lauréat de l'Institut;

Frèd. MATHÉUS
Ancien maître des requêtes au Conseil d'Etat;

J.-B. MISPOULET
Docteur en droit, Lauréat de l'Institut;

H. PASCAUD
Conseiller à la Cour d'appel de Chambéry;

J. VALERY
Professeur à la Faculté de droit de Montpellier.

H. BROCHER
Professeur aux Universités de Genève et de Lausanne.

Enrico FERRI
Député, Professeur à l'Université de Rome.

Frédérick POLLOCK
Professeur à l'Université d'Oxford, Correspondant de l'Institut.

AVEC LE CONCOURS D'UN GRAND NOMBRE DE PROFESSEURS, DE MEMBRES DE LA MAGISTRATURE ET DU BARREAU FRANÇAIS ET ÉTRANGER

LA REVUE GÉNÉRALE DU DROIT

Paraît tous les deux mois (depuis le 1er janvier 1877) par livraisons de chacune six feuilles (*au moins*) grand in-8° cavalier et forme, à la fin de l'année, un fort volume de 600 à 650 pages, imprimé sur beau papier en caractères neufs.

Le prix de l'abonnement est de 16 fr. pour la France et les pays faisant partie de l'Union générale des postes. — Pour les autres pays, les frais de poste en sus. Prix du numéro double, séparément : 3 fr. 25.

Tout ce qui concerne la Revue doit être adressé *franco* à M. Albert FONTEMOING, éditeur-propriétaire-gérant de la **Revue générale du droit**.

On s'abonne, en province et à l'étranger, chez les principaux libraires et dans les bureaux de poste.

HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY

This book is due on or before the date stamped below. Books must be returned to the Circulation Desk from which they were borrowed. **Non-receipt of an overdue notice does not exempt the user from a fine.**

MAR 09 1998	